

LA DIVISIÓN EN LOTES: PANORAMA Y PROPUESTAS EN LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA (*)

GONZALO CASTRO MARQUINA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA SITUACIÓN DE LA DIVISIÓN EN LOTES ANTES DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE: 1. Fraude de ley, elementos del contrato y justificación en el expediente. 2. La división en lotes como potestad administrativa discrecional.– III. EL PORQUÉ DE LA CONFIGURACIÓN EXCEPCIONAL DE LA DIVISIÓN EN LOTES EN EL TRLCSP: 1. Entre el escepticismo, la indiferencia y la fe. 2. El miedo al procedimiento negociado y al contrato menor: A) Las fisuras del procedimiento de contratación en relación al objeto del contrato. B) Los lotes y el fraccionamiento ante el procedimiento negociado y el contrato menor C) Perspectivas de futuro a raíz del proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.– IV. EL NUEVO SISTEMA DE LICITACIONES POR LOTES DENTRO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: 1. El marco en el que se insertan las novedades de la directiva 2014/24/UE. 2. La regulación de los lotes en la directiva 2014/24/UE y el proyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. 3. El efecto interpretativo y el efecto directo de la Directiva 2014/24/UE.– V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES ANTE EL NUEVO HORIZONTE CONTRACTUAL.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El objeto de este análisis es realizar un examen crítico y comparativo del marco jurídico pasado y presente, español y europeo, de la licitación por los lotes, así como la exploración de soluciones ante los retos derivados de las nuevas reglas del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, que propugnan la división en lotes como el nuevo paradigma de la contratación.

Palabras claves: fraccionamiento; división en lotes; apoyo a las PYMES; corrupción; oferta integradora; contratación pública estratégica; procedimiento negociado; contrato menor

ABSTRACT: *The purpose of this analysis is to make a critical and comparative exam of the past , present and future of the Spanish and European legal framework about bidding for the lots, as well as exploring solutions to the challenges of the new rules of*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 8 de noviembre de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 22 de marzo de 2017.

article 46 of the Directive 2014/24/EU, implying a division in the batch as the new paradigm of public procurement.

Key words: division; division of contracts into lots; SMEs support; corruption; inclusive offer; strategic public procurement; procedure with negotiation; small contract.

I. INTRODUCCIÓN

A la hora de abordar cualquier cuestión relativa a la contratación pública, representa un lugar común empezar resaltando el impacto que posee respectivamente sobre el PIB nacional, europeo y mundial. Pese al carácter manido de estos datos, siguen constituyendo una referencia interesante que conviene tener presente cuando se analiza el tema. La OCDE calcula que el peso de la contratación pública oscila en torno al 13 y el 20% en relación al total del PIB mundial, superando el 15% en los países desarrollados (1). A escala europea, la media se situaría alrededor del 19%, con perspectivas de crecimiento sostenido en el horizonte próximo, a tenor de las últimas evaluaciones realizadas (2). Por último, en el caso español la cifra ronda el 18,5% (3), si bien algunas fuentes llegan a elevar el porcentaje por encima de esta marca, incluyendo otros conceptos considerados, a su juicio, conexos.

Durante estos últimos años, la tendencia experimentada en España ha sido decreciente, a diferencia de la media europea, debido a la crisis económica y a la aplicación de políticas de contención del gasto público asociadas al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, establecidos dentro del marco de la Unión Europea. No obstante, incluso bajo la influencia de estas circunstancias, el volumen de recursos manejados por la contratación pública continúa moviéndose en torno a umbrales muy elevados. La caracterización de la mayoría de los estados europeos como sociales obliga a mantener desde los poderes públicos una intensa acción promocional de forma persistente. Por esa razón, nunca ha llegado a perder su condición de sector clave. Mientras la configuración del Estado no varíe, la aportación a la economía de la contratación pública podrá fluctuar, depen-

(1) El dato está extraído del informe de la OCDE «*Public Procurement for Sustainable and Inclusive Growth. Enabling reform through evidence and peer reviews*».

(2) Esta información se basa en las estimaciones elaboradas por la Comisión Europea y plasmadas en los siguientes documentos: *Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, *Public Procurement Indicators 2011*, *Public Procurement Indicators 2012*, *Public Procurement Indicators 2013*, *Public Procurement Indicators 2014*.

(3) Así aparece en el informe PRO/CNMC/001/15 *Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*, de 5 de febrero de 2015.

diendo de la coyuntura vigente en cada momento, pero siempre ocupará un lugar destacado dentro de la misma.

Esta dimensión activa o intervencionista del Estado moderno, no repercute únicamente en la elevación de los porcentajes correspondientes a la contratación pública, al multiplicar las necesidades que han de atenderse por medio de ella. También incide sobre su propia orientación finalista. Cuantitativa y cualitativamente, tanto a escala europea como nacional, la contratación pública está condicionada por una serie de objetivos positivados en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), además de en las respectivas constituciones o normas fundamentales de cada uno de los Estados miembros que componen la UE. Así el artículo 3.3 enumera un conjunto de principios de actuación que, a su vez, tienen reflejo en el deslinde de las políticas propias efectuado desde el TFUE.

En el caso español, nuestra Constitución contiene previsiones parecidas —*mutatis mutandi*— en comparación con el artículo 3.3 del TUE. Sin ánimo exhaustivo, cabe destacar los artículos 2, 40.1, 44.2, 45, 128, 130, 131.1 y, singularmente, el 9.2, como cláusula del Estado social. Todos estos preceptos conectan claramente con la visión instrumental de la contratación pública que busca desarrollar con mayor profundidad la cuarta generación de Directivas.

Naturalmente, esta clase de disposiciones constitucionales quedan enmarcadas bajo coordenadas muy diferentes a las de los Tratados. A fin de cuentas, la UE, por su condición de organización internacional, responde primero a las razones que dieron lugar a su alumbramiento, es decir, al establecimiento de un mercado interior o al logro de una economía de mercado altamente competitiva, sin perjuicio de adiciones posteriores que complementen tales propósitos fundacionales. Destacan entre estas incorporaciones posteriores el fomento de la cohesión económica, social y territorial; el desarrollo de una economía social de mercado tendente al pleno empleo, al progreso social, y a un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente; el progreso científico y técnico; o la lucha contra la exclusión social y la discriminación (4).

(4) L. ORTEGA ÁLVAREZ (2009: 2-6). Destaca Ortega como la UE, a diferencia del grueso de los Estados miembros que la componen, nunca ha asumido expresamente los postulados del Estado social, cuando en cambio sí que lo ha hecho respecto a los correspondientes al Estado democrático y de Derecho. No obstante, en varios artículos de los Tratados sí que aparecían y aparecen políticas propias del Estado social. La reforma promovida por el Tratado de Lisboa, así como la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales, han atemperado la primacía absoluta que poseían el mercado interior, la defensa de la competencia y la Unión Económica y Monetaria dentro del Tratado de Maastricht. A pesar de no representar una asunción plena del Estado social, la UE ha profundizado en esta vertiente, representando la contratación pública un claro exponente.

Empero, aunque la génesis de la Constitución actual y la de los Tratados de la UE traigan causa de procesos políticos e históricos notablemente distintos, al mismo tiempo, participan de un acervo común que justifica esas coincidencias programáticas. A la hora de redactar la Constitución de 1978, la principal fuente de inspiración fue el Derecho comparado europeo y, en particular, las constituciones de Francia, Italia, Alemania, Portugal y Grecia, todas ellas constituciones de países hoy integrantes de la UE. No es extraño, pues, que la UE haya acabado interiorizando, bajo su propia lógica interna, las aspiraciones latentes en dichos textos, al margen de definir sus propios fines con carácter exclusivo e independiente de los procurados individualmente por los Estados parte.

De este modo, resulta posible sostener que aquellas normas que coronan la cúspide del sistema jurídico nacional y europeo no solo habilitan, sino que demandan el empleo del enorme potencial que alberga la contratación pública para la realización de fines distintos a aquellos que constituyen, o constituían, el objeto principal del contrato. Paulatinamente, la contratación dentro del sector público ha ido virando desde su sentido primigenio, como mero cauce para la provisión de bienes o servicios en las mejores condiciones para el Estado, hacia una concepción instrumental de la misma (5). Hoy en día, nadie pone en cuestión la virtualidad de la contratación pública como potestad o herramienta al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o de sus políticas públicas; a través de ella las instituciones públicas intervienen de manera profusa y profunda en la vida económica, social y política del país, configurando una política más a su disposición.

Con acierto, Teresa Medina remarca el papel que puede jugar la contratación de cara a orientar y reforzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general, sin que, necesariamente, deban estar conectados con la directa satisfacción funcional del contrato (6). Un caso paradigmático que ilustra esta potencialidad, consiste en la exigencia de la acreditación de unos determinados estándares de protección ambiental dentro de los requisitos de solvencia

(5) Muchos autores han constatado este fenómeno. A título meramente ejemplificativo, caben destacar los siguientes: J.M. GIMENO FELIÚ (2013a: 45-46); J.M. GIMENO FELIÚ (2010: 50-52); J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (2013: 31 y ss.) ; M.A. BERNAL BLAY (2013: 163) ; L. MEDINA ALCOZ (2014: 9-51); y E. MELERO ALONSO y M. ESPÍN SÁEZ (1999:1). L. ORTEGA ÁLVAREZ (2009: 9). De forma particular, Ortega abogaba por impulsar una doble alma en la contratación pública que aunara la dimensión concurrencial o competitiva y la valoración de sus repercusiones sociales. Por último, constituyen una referencia igualmente significativa los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) de Aragón 1/2006, 17/2008 y 1/2015.

(6) T. MEDINA (2011: 43-94). Con anterioridad, Mestre Delgado ya había apuntado la capacidad de la contratación para fomentar o reforzar el cumplimiento de previsiones provenientes de normativas sectoriales que carecen de fuerza obligatoria directa. Véase, J.F. MESTRE DELGADO (2003: 705-708).

técnica (7). Aun siendo necesario para su uso respetar la doble exigencia de proporcionalidad y vinculación con el objeto del contrato, descartando con ello una utilización arbitraria, el alcance de esta posibilidad es lo suficientemente amplio como para espolear a los eventuales licitadores a cumplir de antemano este tipo de requisitos, ante la razonable expectativa de que lleguen a incluirse dentro de los pliegos. Asimismo, en el caso de los requisitos de solvencia, al ser condición *sine qua non* para entrar a valorar la oferta, el riesgo de ser excluido en el primer corte fortalece el efecto conminatorio.

La última generación de Directivas del ramo, en conexión con la Estrategia Europea 2020, fijada en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 (8), ha dado un fuerte impulso en esta dirección, fomentando la inserción en los contratos públicos de aspectos sociales, ambientales y relativos a la innovación y la calidad. A pesar de que las directivas del 2004 ya preveían esta clase de disposiciones —de hecho, su admisión dentro del Derecho de la Unión Europea es incluso anterior a ellas (9)—, la nueva hornada potencia este componente y lo dota de un mayor respaldo normativo. Analizar cada una de las innovaciones introducidas respecto al régimen anterior exigiría un considerable esfuerzo y, a la vez, nos alejaría del objeto principal de esta reflexión. Con todo, resulta positivo hacer constar al menos su existencia, para así comprender desde una visión sistemática el contexto al que responde la nueva regla sobre división de lotes.

Si bien el prisma instrumental de la contratación pública aparece normalmente asociado a las cláusulas sociales, ambientales y de innovación, no podemos perder de vista que ese enfoque ha formado parte de las normas europeas desde su mismo origen. Como ha subrayado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de forma reiterada, el objetivo perseguido desde las Directivas de contratos radica en suprimir las trabas y evitar los obstáculos que se interponen frente a las libertades de circulación de servicios y mercancías; en definitiva, favorecer la apertura de una competencia competitiva real

(7) Véase, I. GALLEGO CÓRCOLES (2014: 52-58).

(8) La misma comunicación de la Comisión sugería el empleo de la contratación pública en diversas áreas (industria, innovación, sostenibilidad...) como una de las vías desde la que encaminarlas a la realización de los objetivos de la Estrategia Europea 2020.

(9) Sendas comunicaciones interpretativas de la Comisión fechadas en el año 2001, de 4 de julio y de 15 de octubre, abordaron las diferentes posibilidades que otorgaba la legislación comunitaria, entonces vigente, para integrar aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública. Este hecho atestigua el aserto anterior. En el plano jurisprudencial, la sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 23 de mayo de 1997 o la sentencia del entonces Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) de 20 de septiembre de 1998, asunto Beentjes, empiezan a valorar igualmente estas opciones dentro de la contratación. Por otro lado, en el plano teórico, también puede apreciarse la existencia de trabajos que ya valoraban la cuestión. Véase, al respecto, E. MELERO ALONSO, y M. ESPÍN SÁEZ (1999).

y efectiva (10). Igualmente, aun cuando la unificación legislativa promovida por la entonces Comunidad Europea buscaba lograr los tres efectos descritos por el estudio de Atkins de 1984, siempre primó sobre los demás el efecto competitivo. Para la UE la búsqueda de una mayor eficiencia y eficacia en el desembolso de los fondos públicos por medio de la correcta selección del contratista, ostenta un papel subordinado en comparación a la creación e impulso del mercado interior europeo, sin perjuicio de gozar también de carácter prioritario (11).

En ese sentido, todas las medidas encaminadas a facilitar la participación de las PYME en los procedimientos de contratación, entre las que se encuentra la división por lotes, coadyuvan en primer lugar a la realización de los fines fundamentales de las Directivas. Después de todo, las PYME componen el 99,88% del tejido empresarial español (12), cifra muy próxima a la media de la UE (13), por lo que abrir el mercado a la competencia es sinónimo de dar entrada a las PYME en él. Si la regulación y la praxis del sector de la contratación pública derivan en dinámicas poco amigables para las PYME, de facto se está impidiendo, o como mínimo dificultando, el acceso de la práctica totalidad de las empresas, exceptuando ese exiguo 0,12%, al 15-20% del PIB nacional y europeo.

Por otro lado, la ausencia de presión concurrencial se estima que puede originar al alza desviaciones medias del 25% del presupuesto de la contratación (14). Trasladado al caso español, a nivel agregado, ello supondría una pérdida de hasta un 4,6% del PIB anual, aproximadamente 47.500 millones de euros al año, a causa de una deficiente concurrencia competitiva.

(10) C. CHINCHILLA MARÍN (2011: 34-36); S. DIEZ SASTRE (2012: 34-37); J.M. GIMENO FELIÚ (2006: 23-29); y E. MAÑEZ MARTÍNEZ (2015: 391-407).

(11) De interés, la resolución 121/2012, de 23 de mayo de 2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) que literalmente dice «como ya se ha expuesto en anteriores resoluciones de este Tribunal, el interés general o interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del Derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación, los de libre concurrencia, no discriminación y transparencia».

(12) Información extraída de los *Retratos de las PYMES* del año 2015 y 2016, elaborados por la Subdirección General de Apoyo a la PYME, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

(13) La principal diferencia entre las estadísticas españolas y de la UE no se halla en la cifra global de las PYMES, prácticamente coincidentes. Las divergencias entre unas y otras radican en el mayor peso de las microempresas dentro del tejido empresarial español en contraposición al que detentan en el resto de la Unión.

(14) Así lo refleja el informe *PRO/CNMC/001/15 Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia, de 5 de febrero de 2015*.

En consecuencia, al menos sobre el papel, el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, responde satisfactoriamente al espíritu de las Directivas de contratación y, de forma particular, a la filosofía subyacente bajo la cuarta generación de estas. La división en lotes facilita una mejor adecuación de la contratación a las dimensiones de las PYME y al grado de especialización que realmente poseen, reduciendo de ese modo parte de los obstáculos que usualmente se interponen frente a ellas en el iter contractual. Por consiguiente, si las empresas hallan más asequibles las prestaciones a desempeñar con relación a su escala, parece más probable que, gracias a ello, aumente el número de las que se planteen concurrir a las licitaciones del sector público. Corolario de esa mayor presión competitiva, en teoría, debería lograrse un abaratamiento de las ofertas o la mejora de su calidad, redundando en beneficio del correcto empleo de los fondos públicos.

De igual modo, la división por lotes permite articular objetivos sociales y medioambientales. Si más empresas acuden a los procedimientos de contratación, también son más empresas las que quedan dentro del área de influencia de las políticas de refuerzo y orientación a las que hacíamos alusión anteriormente. El 66% de los trabajadores aportados por las empresas provienen en concreto de las PYME (15), lo cual las convierte en un pilar imprescindible para el desarrollo de cualquier política de empleo. Durante esta crisis económica, son varias las voces (16) que han constatado la capacidad de la contratación pública unida a las PYMES para hacer frente al problema del desempleo.

A modo de epítome de todo lo dicho, ayudar a las PYMES en su acceso al mercado de los contratos públicos, retirando los obstáculos que medien en su camino, implica, simultáneamente, apoyar los fines que inspiran el marco normativo vigente desde una perspectiva estratégica y no burocrática de la contratación. Por ese motivo, las novedades introducidas en el área de las PYMES, tanto en la cuarta generación de Directivas como en el proyecto de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), son mucho más que un simple cambio sectorial [algo que, por ejemplo, sí cabría predicar, con bastantes matices, de las reglas sobre compra pública innovadora, introducidas al calor de este periodo de reformas legislativas (17)]. En especial, el establecimiento

(15) Información extraída de los *Retratos de las PYMES* del año 2015 y 2016, elaborados por la Subdirección General de Apoyo a la PYME, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

(16) M. A. BERNAL BLAY (2013: 183-183); G. BARRIO GARCÍA (2013: 133 y ss.); y J. M. GIMENO FELIÚ (2012: 59-84).

(17) La *Guía 2.0 para la compra pública innovadora*, elaborada por encargo de la Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía y Competitividad, ilustra las incorporaciones al régimen de la compra pública innovadora o de innovación.

de una suerte de presunción *iuris tantum* en favor de la divisibilidad en lotes de los contratos, debiendo justificar las decisiones en sentido contrario, repercute sobre las raíces de la lógica imperante hasta ahora en las licitaciones, que habrá de modificarse en un auténtico giro copernicano.

Aunque suponga anticipar las conclusiones de razonamientos ulteriores, los apartados 1, 2 y 3 del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE ya resultan aplicables a efectos del Derecho español; ergo, la no división en lotes de los contratos sin la pertinente y expresa justificación de tal decisión, comporta la contravención de las reglas en vigor. Alterar inercias instaladas durante décadas no es tarea sencilla.

En vista de lo expuesto, queda sobradamente acreditado el interés del presente tema. Nos hallamos, quizás, ante de una de las cuestiones más relevantes derivada de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, destinada a tener un gran impacto sobre el *modus vivendi* de los órganos de contratación. Desde sus modestas pretensiones, este artículo aspira a clarificar el nuevo escenario inaugurado tras del 18 de abril de 2016, fecha límite en la que deberían haber estado transpuestas las referidas directivas. En aras de alcanzar esta meta se hará un repaso de la realidad jurídica española anterior; un examen de las causas que explicaban el contexto previo; un resumen de las novedades atinentes a las división por lotes en la Directiva 2014/24/UE y en el proyecto de la LCSP; se determinaran aquellos aspectos que ya estén vigentes del nuevo régimen; y, finalmente, se realizaran algunas valoraciones sobre como aplicar las nuevas normas desde una perspectiva más práctica.

II. LA SITUACIÓN DE LA DIVISIÓN EN LOTES ANTES DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE

1. Fraude de ley, elementos del contrato y justificación en el expediente

Dice el Libro de Eclesiastés, en el Antiguo Testamento, que «Lo que fue, eso será, y lo que se hizo, eso se hará; no hay nada nuevo bajo el sol. ¿Hay algo de que se pueda decir: Mira, esto es nuevo? Ya existía en los siglos que nos precedieron». Aunque, personalmente, soy más partidario de la línea de pensamiento planteada por el filósofo Heráclito, resulta indudable que ciertas realidades poseen una dimensión atemporal. Entre ellas figura la picaresca, casi tan antigua como el ser humano.

Por eso mismo, el todavía vigente artículo 86 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) no supuso especial novedad en la historia legislativa española, que ya había contemplado en el pasado ciertas argucias relacionadas con la división de los contratos. No hablamos simplemente de que ya se regulara el fraccionamiento en términos semejantes a

los actuales en la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 74); en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administración Pública (artículo 68); o en la Ley de Contratos de la Administración Pública (artículo 69). Su presencia en el Derecho español cuenta con precedentes bastante más remotos (18).

Así, el último párrafo del artículo 2 del Real Decreto de 26 de abril de 1900 declaraba que «por ningún concepto las Corporaciones podrán dividir la materia en parte o grupos, con el fin de que la cuantía no llegue a la precisa para la celebración de una subasta o concurso, cuando se trate de una misma clase y de obras para un mismo servicio». Curiosamente, no dista tanto del enunciado actual del artículo 86.2 cuando prohíbe fraccionar un contrato «con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan». También el Real Decreto de 2 de Julio de 1924, por el que se aprobó el Reglamento para la contratación de obras y servicios a cargo de las entidades municipales, en su artículo 3 reprodujo la regla previamente establecida en el artículo 2 del Real Decreto de 26 de abril de 1900. Ciertamente, la cita bíblica queda confirmada en este caso, pues ya existía en el siglo precedente, *mutatis mutandi*, una cláusula de cautela con un estilo similar a la establecida en el artículo 86.2 del TRLCSP.

Empero, no todos los «trucos» del repertorio del artículo 86 del TRLCSP son viejos conocidos. Su apartado 3 incorporó una medida nueva, prevista igualmente en el artículo 9 de la Directiva 2004/18/CE, consistente en el cálculo de los umbrales que determinan la aplicación de las normas procedimentales y de publicidad para la adjudicación en función del valor acumulado del conjunto total de lotes, a salvo de las excepciones dispuestas en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2 del TRLCSP (19). Esta nueva norma debería haber espoleado la utilización de los lotes al neutralizar los riesgos que comportaba el fraccionamiento de cara al eventual fraude de ley. Sin embargo, la cultura contractual española no varió sensiblemente y en esencia continuamos actuando conforme a las mismas antiguas querencias ya instaladas.

Tal y como explica el informe 69/08, de 31 de marzo, de la JCCA del Estado (20), el objetivo de la regulación sobre el fraccionamiento (21) no es

(18) Véase, J.M. CARBONERO GALLARDO (2010: 99 y ss.).

(19) Los artículos 136 y 204 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administración Pública ya disponían de una medida de este tipo, pero su alcance se restringía a la publicidad dentro de la Comunidad Europea y ni siquiera afectaban a las normas sobre procedimiento.

(20) Esta argumentación fue secundada por informes posteriores tales como el 1/09, de 25 de septiembre de 2009, 57/09, de 1 de febrero de 2010, y 31/12, de 7 de mayo de 2012.

(21) Un antiguo informe de la JCCA del Estado, 40/00, de 30 de diciembre, ya declaraba que «la regulación de la división por lotes, tanto en las Directivas comunitarias de

«agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza sino impedir el fraude de ley» y es que «no debe interpretarse este precepto — pese a hablar del artículo 74 de la LCSP los razonamientos expuestos en el informe pueden trasladarse íntegramente al vigente artículo 68— como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entres ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no sólo contratarlas por separado sino incluso su explotación independiente» (22).

Como puede comprobarse, la perspectiva desde la que se ha abordado tradicionalmente el fraccionamiento de los contratos públicos, en la que se incluye la división en lotes, gravita en torno a la idea del fraude de ley y la elusión, por medio de él, de las exigencias sobre procedimiento y publicidad (23). Sin embargo, éste no representa el único límite que proscribe la partición del contrato. Antes siquiera de evaluar un hipotético fraude de ley, hay que verificar si los contratos surgidos tras la segmentación del objeto reúnen todos los atributos de los que depende su propia existencia en el plano del Derecho.

Los contratos públicos comparten con los de la especie civil, a salvo de sus especialidades y particularidades, los mismos presupuestos de existencia contenidos en el artículo 1.261 del Código Civil (Cc): el consentimiento válidamente expresado por los sujetos contratantes, objeto y causa (24). Estos elementos experimentan notables modulaciones trasladados al campo de la regulación administrativa, fruto del inmanente interés público del que participan en su actuación los entes, organismos y entidades comprendidos dentro del concepto del sector público enunciado por el artículo 3.1 del TRLCSP. Empero, el tronco de la estructura en la que se apoya la validez del negocio jurídico es esencialmente idéntica. Una copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo (25) ha venido declarando que «el contrato administrativo no es una figura radicalmente distinta del contrato privado, pues responde claramente a un esquema

donde proceden los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como en esta última, persigue un objetivo fundamental reflejado en el apartado 2 del artículo 68 en el sentido de que no puede fraccionarse un contrato con objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación que corresponda».

(22) J. VÁZQUEZ MATILLA (2014: 186-187); J. AGUDO GONZÁLEZ (2013: 133); J.A. MORENO MOLINA y PLEITE F. GUADAMILLAS (2008: 364-366).

(23) Resulta de interés, al margen del Derecho positivo, el informe de la JCCA del Estado 5/1963, el cual ya hacía alusión a esta problemática: «este es el peligro más importante: al fraccionarse la cuantía total de la obra en diversos contratos parciales, permite contratar directamente la ejecución de aquélla y la libre elección del adjudicatario».

(24) P. CONTRERAS (2011: 351) y ss.; J. AGUDO GONZÁLEZ (2013: 112 y ss.).

(25) Entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1988, de 16 de mayo de 1990 y 30 de septiembre de 1998.

contractual común elaborado por el Derecho civil y ello justamente permite invocar con carácter supletorio la doctrina establecida en el Código Civil». Partiendo de este razonamiento, el Tribunal Supremo (26) concluye que en la contratación «han de ser cumplidos los requisitos esenciales de dicha relación jurídica en la que necesariamente han de concurrir los de «consentimiento de los contratantes», «objeto cierto que sea materia del contrato» y «causa de la obligación que se establezca», conforme expresa el artículo 1261 Cc».

Si bien el TRLCSP carece de un precepto específico que replique el 1.261 del Cc, con carácter disperso varios artículos situados a lo largo del Texto Refundido contienen referencias, implícitas o explícitas, a estas tres condiciones. De este modo, el artículo 22.1 alude a la causa; el 109.2 a la necesidad de contar con un objeto completo; y el Título II en general disciplina la aptitud que han de reunir los sujetos que pretendan contratar con el sector público, así como la capacidad de los órganos de contratación para vincular al ente adjudicador en el que están integrados. En ausencia de cualquiera de estos tres elementos, el contrato sencillamente deviene inexistente (27). De ahí que el primer muro de contención frente al fraccionamiento irregular sea la propia sustantividad del contrato. Solo una vez superada esta barrera, podrá pasar a examinarse si ha transgredido las formalidades imperativas con el propósito de rebajar las garantías del procedimiento de adjudicación o la publicidad de la licitación. De hecho, incluso si el fraccionamiento no tuviera ninguna repercusión sobre las normas relativas al procedimiento de adjudicación y las reglas de publicidad, tampoco en ese caso sería posible soslayar la necesidad de que concurrieran consentimiento, objeto y causa en cada uno de los contratos resultantes (28).

Focalizando la atención en el requisito del objeto, la regulación administrativa toma distancia respecto a la civil al establecer el principio de objeto completo, ausente en la segunda. Si en el Derecho civil los motivos que impelen a celebrar el contrato son irrelevantes (29), a excepción de la causa ilícita regulada en el artículo 1275 del Cc, no es posible aseverar lo mismo cuando hablamos de los contratos públicos. Hay que tener en cuenta que en la actua-

(26) Véase, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1998. En ese mismo sentido, también, la sentencia anterior de 30 de abril de 1979 que declaró la inexistencia de un contrato por no disponer de un objeto y causa apropiados.

(27) J. AGUDO GONZÁLEZ (2013: 114).

(28) En apoyo de este planteamiento, la resolución 349/2015, de 24 de abril de 2015, del TACRC: «sin embargo, el modo escogido a la hora de fraccionar el objeto contractual no se corresponde con las exigencias legales. Es cierto que desde el punto de vista cuantitativo no existe obstáculo para admitirlo en la forma que se pretende hacer pues no afecta ni a la publicidad del contrato ni al procedimiento aplicable, sin embargo es claro que no concurre el cumplimiento de ninguno de los restantes requisitos antes enunciados».

(29) P. CONTRERAS (2011: 377-379).

ción contractual del sector público, así lo expresó el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de noviembre de 1981, el fin público en la causa del contrato es el elemento esencial del mismo (30), y ello incide de forma decisiva en la configuración de las prestaciones que componen el objeto contractual.

Como denota el artículo 22.1 del TRLCSP la orientación finalista de la contratación pública tiene trasunto en la regulación positiva. Conforme a lo dispuesto en este precepto, los entes, organismos y entidades del sector público no pueden celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

A diferencia del Derecho civil, presidido por la idea de la autonomía de la voluntad de las partes (31), la vinculación obligatoria de los contratos del sector público a la satisfacción del interés general constriñe severamente su margen de disposición en todas las fases de la contratación, incluyendo la propia voluntad de acudir a ella. Un particular puede actuar movido por impulsos erráticos o caprichosos y nada de ello afectaría a la validez del contrato. Si una persona desea utilizar una bicicleta como macetero, por extravagante que resulte semejante empresa, la respuesta del Derecho es clara: *laissez faire, laissez passer*. No es esta la situación del sector público y en especial de la Administración Pública. La causa del contrato surge de la simbiosis entre el elemento objetivo y la realización de los intereses y las necesidades públicas. Es en ese punto, el elemento causal, donde confluyen las prestaciones a ejecutar, las necesidades a cubrir y los fines a satisfacer (32).

Por esa razón el TRLCSP demanda que el objeto del contrato sea completo (33). La completud implica la idoneidad, aptitud y capacidad plena de las prestaciones para responder a las circunstancias que han dado lugar a la celebración del contrato y los objetivos perseguidos desde él. Mientras una persona corriente puede escoger libremente adquirir un bien por fascículos si así lo estima oportuno, difiriendo en consecuencia la utilidad efectiva al momento en el que termine la colección, el sector público precisa *ab initio* de

(30) E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2011a: 504). A diferencia de los sujetos privados, los poderes públicos siempre han de respaldar su actuación con razones objetivas que la justifiquen con respeto al principio de legalidad.

(31) C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2011: 417-420).

(32) I. GALLEGO CÓRCOLES (2008: 62).

(33) J. AGUDO GONZÁLEZ (2013: 113 y ss.).

objetos contractuales plenamente operativos en aras de cumplir los intereses que tienen encomendados.

A pesar de no consagrarse expresamente, el principio de completud o completitud puede deducirse del juego cruzado de los artículos 22.1, 86.3 y 109.2 del TRLCSP u otras referencias, como el artículo 125 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RLCAP) (34). A su vez, este principio de completitud enlaza con la noción de la unidad funcional, decisiva para la admisión de la división en lotes de los contratos. La unidad funcional ha de entenderse como la capacidad autónoma de una serie de actividades para cumplir por sí mismas una función económica o técnica. Existirá unidad si los elementos son inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato (35).

Citando al informe de la JCCA del Estado 69/08, de 31 de marzo, secundado por los subsiguientes informes 1/09, 57/09 y 31/12, «el primer requisito que debe cumplirse para que pueda hablarse de fraccionamiento del contrato es que exista una unidad operativa o sustancial entre las diferentes prestaciones». De acuerdo a la interpretación que realiza la Junta del artículo 86.3, resulta admisible desgranar el objeto del contrato en varios lotes siempre y cuando las prestaciones producto del fraccionamiento sean susceptibles de utilización o aprovechamiento por separado y constituyan por sí solas una unidad funcional (36). En definitiva, sólo si es posible identificar más de una unidad funcional en el marco del objeto contractual será factible acometer la división en lotes, puesto que cada uno de esos lotes ha de ser por sí mismo una unidad funcional que al mismo tiempo permita la utilización o aprovechamiento individual.

Naturalmente, si ya de por sí las prestaciones carecen de un vínculo funcional u operativo, de tal manera que la ejecución y explotación de una o varias de ellas no sea necesaria para el ejecución y explotación de cualquiera

(34) La Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la JCCA de Aragón aclara que «la jurisprudencia —por todas, STS 15 de febrero de 1984— acogió dicho criterio al entender consagrado «el principio de unidad de obra para evitar estériles proyectos parciales que pudieran quedar inconclusos con el devenir del tiempo, y para impedir posibles fraccionamientos de la obra conducentes a alterar el régimen de contratación que corresponda» lo que implicaba, según la sentencia mencionada, que por obra completa ha de entenderse las susceptibles de ser entregadas al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ulteriores ampliaciones de que posteriormente puedan ser objeto».

(35) J. VÁZQUEZ MATILLA (2014: 185-188); y J. AGUDO GONZÁLEZ (2013: 120-125).

(36) A mayor abundamiento, las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) de 247/2012, 918/2014 y 927/2014.

de las demás, con más razón en esos casos podrá escindirse el objeto en varios lotes o contratos. Sucede igual cuando los objetos son semejantes pero independientes entre sí.

No obstante, el TRLCSP prevé varias excepciones al principio de unidad funcional (37). En primer lugar, el artículo 86.3 contiene el siguiente inciso «podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, (...), o así lo exija la naturaleza del objeto (38)». Se trata de una exclusión de la unidad funcional muy casuística. La interpretación mayoritaria en torno a esta exención considera que el fin de la misma es habilitar el fraccionamiento en lotes cuando no todos ellos reúnan la condición de unidad funcional, en virtud de la singular naturaleza de las prestaciones a desempeñar bajo el contrato. Si tan sólo se limitara a reconocer la existencia de supuestos cuya particular idiosincrasia impone la licitación en lotes, incurriría en una redundancia en relación con el resto del apartado, sin proporcionar una posibilidad adicional a lo ya contemplado por éste.

Las otras dos excepciones se refieren exclusivamente al contrato de obras. La primera de ellas también está situada en el artículo 86.3 y consiste en la posibilidad de contratar separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, 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. Por último, el apartado 11 de la Disposición Adicional Segunda del TRLCSP permite en los municipios de población inferior a 5.000 habitantes, en los contratos de obras cuyo período de ejecución exceda al de un presupuesto anual, la redacción de proyectos independientes relativos a cada una de las partes de la obra, siempre que éstas sean susceptibles de utilización separada en el sentido del uso general o del servicio; o puedan ser sustancialmente definidas, y preceda autorización concedida por el Pleno de la Corporación, adoptada con el voto favorable de la mayoría absoluta legal de sus miembros, autorización que no podrá ser objeto de delegación. Esta especialidad obedece principalmente a razones de tipo presupuestario y financiero en atención a las características de estos pequeños municipios.

Finalmente, además del respeto a las normas sobre procedimiento y publicidad y de los presupuestos esenciales del contrato, el artículo 86.3 establece

(37) J. AGUDO GONZÁLEZ (2013: 122-124).

(38) Críticamente, J.E. CANDELA TALAVERO (2011: 92). Candela Talavero reprueba la redacción otorgada por el legislador al artículo 86.3 del TRLCSP por apreciar, a su juicio, una insuficiente concreción de los supuestos donde se admite el fraccionamiento. Además, desde su punto de vista, la excepción de la naturaleza del objeto permitiría acudir al fraccionamiento siempre que un informe técnico afirmara la concurrencia de esa especial naturaleza. En sentido contrario a esta conclusión, J. AGUDO GONZÁLEZ (2013: 122).

un último requerimiento para aceptar la descomposición del contrato en lotes: justificarlo debidamente en el expediente de contratación. Dicha exigencia proviene de una visión integral del sistema contractual, basada en la integración de todas las prestaciones necesarias en un único contrato (39). Corolario de ello, la regla general por la que apostaba nuestro Derecho (40), actualmente desplazada por el criterio fijado en el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, fue la no división del objeto del contrato; *a sensu contrario*, lo singular era la división en lotes. Como toda excepción que se aparta de la pauta común, es necesario acreditar la concurrencia de circunstancias especiales que aconsejen el abandono en el caso concreto de la regla general. Sobre la virtualidad de esta condición ahondaremos con mayor profundidad al hilo del siguiente apartado.

2. La división en lotes como potestad administrativa discrecional

El artículo 46.1 de la Directiva 2014/24/UE marca un verdadero giro de 180 grados en la contratación pública europea, al presumir por defecto la descomposición en lotes como una opción factible y aconsejable. Por consiguiente, los poderes adjudicadores a partir de ahora están obligados a explicar caso por caso las razones que les lleven a rechazar la conveniencia de encauzar una licitación a través del formato de lotes.

A mayor abundamiento, la combinación entre los apartados 1 y 4 del mismo artículo faculta a los Estados miembros para imponer de manera obligatoria la adjudicación en lotes separados, cuando se cumplan una serie de condiciones que habrán de precisar las respectivas legislaciones nacionales, de acuerdo a las normas derivadas de su propio Derecho y del de la Unión Europea. Dentro de la fuerte apuesta por lotes que rodea a la Directiva en su conjunto, el apartado 4 da un paso más allá al autorizar la creación de auténticas presunciones o imposiciones *iure et iure* en favor de la división del contrato. Naturalmente, la trascendencia de esta última previsión variará de forma notable dependiendo del país que se trate y como decida desarrollarlo, a diferencia del apartado 1 que rige por igual en todos los Estados miembros de la UE.

Volveremos más adelante a posar nuestra mirada en aquellos aspectos innovadores que ha traído bajo el brazo la cuarta generación de Directivas

(39) Entre otras muchas, las resoluciones del TACRC 247/2012, de 7 de noviembre de 2012, 652/2014, de 12 de septiembre de 2014, 756/2014, de 15 de octubre, y 918/2014, de 12 de diciembre de 2014, abogan por esta interpretación del artículo 86.3 del TRLCSP.

(40) El informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la JCCA de Aragón remarcaba cómo no se sentía este carácter excepcional preconizado desde el TRLCSP en la Directiva 2004/18/CE y aún menos en la Directiva 2014/24/UE.

sobre contratación pública, pero por el momento basta este pequeño bosquejo para ilustrar el gran contraste que media entre la nueva realidad jurídica y el escenario precedente, acerca del cual sí profundizaré a continuación.

Retomando las consideraciones del epígrafe anterior, la conjugación del verbo «poder» dentro del enunciado del artículo 86.3 del TRLCSP resulta sumamente reveladora. Si bien esta voz gramatical no siempre implica la configuración de una potestad en un sentido discrecional (41), aquí las apariencias no engañan. De manera reiterada las juntas consultivas y los tribunales administrativos han interpretado la división en lotes como una facultad potestativa que asiste al órgano de contratación, gozando en su ejercicio de una considerable discrecionalidad técnica (42).

A priori, bajo el marco normativo previo, el hecho de que un contrato fuera susceptible de fragmentarse en varios lotes dotados individualmente de unidad funcional propia, sin incurrir en fraude de ley, y satisfaciendo el resto de presupuestos elementales de los contratos, no obligaba al órgano de contratación a transformar esa potencia en acto. Ni siquiera existiendo una justificación viable, capaz de colmar las exigencias de motivación del artículo 86.3 del TRLCSP, el órgano de contratación estaba impelido a acudir forzosamente a la fórmula de la división de lotes.

Desde un plano abstracto, ante la dicotomía entre unidad o fraccionamiento suscitada por los contratos potencialmente divisibles, los informes de las juntas consultivas y las resoluciones de los tribunales administrativos preconizaron la necesidad de acometer un juicio comparativo entre los diferentes principios de contratación recogidos en el artículo 1 del TRLCSP. Así la decisión del órgano de contratación debía ser el resultado en el caso concreto de la ponderación conjunta de los principios de eficacia y eficiencia en la utilización de los fondos públicos, de una parte, y, por otra, de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia (43). En la práctica, la carga del análisis comparativo se vio fuertemente atenuada debido al influjo de varios factores.

(41) J. BARCELONA LLOP (2002: 772).

(42) Véanse, las resoluciones 138/2012, de 20 de junio de 2012, 143/2012, de 4 de julio de 2012, 187/2012, de 6 de septiembre de 2012, 210/2012, 25 de septiembre de 2012, 227/2012, de 17 de octubre de 2012, 156/2013, de 18 de abril, 194/2013, de 23 de mayo, 756/2014, de 15 de octubre, y 803/2014, de 31 de octubre de 2014, del TACRC. En especial, la mayoría de estas resoluciones han subrayado que las pretensiones de los recurrentes no pueden sustituir la voluntad de la Administración para determinar el objeto del contrato. Los órganos de contratación poseen un elevado grado de discrecionalidad para elaborar los lotes del contrato de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se pretenden cubrir, o para no fraccionar el contrato y licitarlo de manera unitaria.

(43) En ese sentido, las resoluciones 247/2012, de 7 noviembre de 2012, o la 918/2014, de 12 de diciembre de 2014, ambas del TACRC.

A la hora de confrontar pros y contras, el TACRC sintetizó cuatro grandes argumentos favorables al mantenimiento de la unidad de los contratos (44): el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; el aprovechamiento de la economía de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias, como podría ocurrir si se estableciesen lotes (45). Dada su amplitud y generalidad, si el órgano de contratación no deseaba enfocar la licitación a través de lotes, tan sólo tenía que apelar a valores como la eficacia, la eficiencia o la coordinación en la ejecución para evitarlo, sin perjuicio de que luego debiera vincularlos, al menos mínimamente, con el supuesto específico.

A esta generosa visión acerca de las razones favorables que justifican el empleo del llamado sistema integral de la contratación, hay que sumar las reticencias de los tribunales administrativos de recursos contractuales a desautorizar el criterio escogido por el órgano de contratación. Por ejemplo, en la resolución 927/2014, de 18 de diciembre de 2014, del TACRC, a pesar de concluir el Tribunal que la motivación dada por el órgano de contratación era genérica y no justificaba de forma real y concreta la solución adoptada, no impuso la distribución en lotes del contrato. Únicamente, anuló el procedimiento y ordenó retrotraer el expediente para que esta vez lo justificara correctamente. A la vista que la motivación era meramente nominal, lo aconsejable hubiera sido instalarlo a reexaminar por completo las ventajas y los inconvenientes de cada una de las posibilidades, no tratarlo como un mero defecto de forma, cuando la ausencia de motivación suficiente es más que eso.

Asimismo, las objeciones basadas en una eventual restricción de la competencia, fruto de la no división del contrato, han venido siendo rechazadas con excesiva ligereza, invocando la posibilidad de que las PYMES se agruparan en UTEs (46). Las resoluciones 247/2012, de 17 de octubre de 2012,

(44) Véanse, las resoluciones 227/2012, de 17 de octubre de 2012, 803/2014, de 31 de octubre de 2014, y 918/2014, de 12 de diciembre de 2014.

(45) El texto del Proyecto de la LCSP incluye en su artículo 99.3, como motivos predeterminados para justificar la no división del contrato, cuestiones de tipo técnico u organizativo inspiradas en el segundo y en cuarto argumento.

(46) Citando textualmente la resolución del TACRC 227/2012, de 17 de octubre de 2012, «a estos efectos interesa reseñar que la no división en lotes de un contrato no implica en sí misma un restricción a la competencia, en cuanto que las empresas interesadas en la licitación por estar capacitadas dada su actividad para realizar alguna o algunas de las prestaciones objeto de contratación siempre podrán concurrir en unión temporal de empresas,

y 918/2014, de 12 de diciembre de 2014, del TACRC declararon que «el fraccionamiento en lotes sólo deberá efectuarse, aun a costa de sacrificar los principios de eficacia y eficiencia, cuando de seguirse el sistema integral se produzca realmente una situación de restricción de la competencia. Esta situación de restricción de la competencia tendrá lugar cuando tal restricción afecta a un número razonable de empresas que operen en el sector que se considere y que represente un porcentaje considerable de éste, de manera que les impida o, al menos, les dificulte para acceder a la licitación». Empero, esta reflexión deviene en estéril desde el momento en el que no se considera una dificultad de acceso la necesidad de constituir uniones temporales para poder concurrir a la licitación (47). No hablamos ni siquiera de ganarla.

De acuerdo con estas consideraciones, parece más acertada la pauta sugerida en la resolución 52/2013, de 30 de enero de 2013, del TACRC y tomar como parámetro la propia realidad del mercado. Si el mercado no refleja de forma ordinaria la unificación de prestaciones recogida en el objeto del contrato, por mucho que quepa la colaboración de varias empresas especializadas a través de la creación de una UTE, habrá una restricción de la competencia que difícilmente puede redundar en beneficio de ninguno de los objetivos de los entes del sector público, incluido el adecuado empleo de los fondos públicos. Además, el propio TRLCSP ya exige a los órganos de contratación que otean en el mercado para determinar ciertos aspectos. Por ejemplo, el artículo 87.1 utiliza la noción del precio general del mercado (48). Pese a

sin perjuicio de las consideraciones anteriormente expuestas y que deberán tenerse en cuenta a los efectos del fraccionamiento en lotes de un contrato». Esta idea también es recogida en las resoluciones del TACRC 657/2014, de 12 de septiembre de 2014, o en la 918/2014, de 12 de diciembre de 2014. Igualmente, la resolución 92/2012, de 12 de septiembre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPM) defendió el mismo razonamiento.

(47) E. PÉREZ PAREDES (2013: 371-373). Todo el artículo en general ilustra las complicaciones que rodean a las UTE, suficientes para considerar que la necesidad de acudir a ellas constituye por lo menos una dificultad en la licitación; sin embargo, al margen de las complejidades intrínsecas al mecanismo organizativo, hay otro dato que se cohonesto mal con el razonamiento del TACRC. Constituir una UTE es un derecho, no una obligación. De facto, asumir como remedio a la restricción el recurso a las UTE, implica conculcar el carácter de derecho de las mismas para convertirlas en una genuina obligación de cara a las PYME. En refuerzo de esta tesis, E. MOREU CARBONELL (2009: 695-696). Cito textualmente «la constitución de UTE es voluntaria y la legislación contractual no limite su participación en los procesos selectivos. Por tanto, ni puede imponerse ni puede excluirse su participación. La posibilidad de adoptar la forma de unión temporal como modalidad de colaboración entre empresas para contratar con la Administración no constituye una facultad o prerrogativa de la Administración contratante, sino un derecho reconocido a las empresas que aspiran a ser contratistas». Evidentemente, habrá ocasiones donde las PYME deberán agruparse y colaborar en una UTE, pero no puede presuponerse por sistema, so riesgo de convertir su constitución en una verdadera obligación.

(48) Con mayor profundidad, J. AGUDO GONZÁLEZ (2015: 75-78).

que la contratación pública responde a sus fines propios, puesto que se provee de bienes y servicios esencialmente del mercado, exceptuando la contratación *in house providing*, que no desconozca la estructura de éste de cara a diseñar el procedimiento de contratación resulta lo más lógico. Igualmente, parece consecuente con la propia naturaleza de la contratación pública como punto de encuentro entre el sector público y el sector privado.

Por desgracia, no ha sido esta la línea predominante en el TACRC. De haber versado el recurso acerca de un sector diferente al de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), campo donde la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se había pronunciado en varias resoluciones a favor de la división en lotes (49), es muy probable que el TACRC se hubiera limitado a suscribir una vez más la idea de que en principio no hay restricción de la competencia mientras los potenciales licitadores puedan formar una UTE. De ahí el carácter aislado de esta resolución, que palidece en comparación a la plétora de aquellas que no entran a valorar la realidad del mercado.

Muy crítica con esta doctrina mayoritaria, la sentencia 624/2014, de 29 de octubre de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM). Toda una *rara avis* dentro del contexto al que pertenece. En contraposición a la generalidad de las resoluciones comentadas, en esta sentencia el TSJM sí se adentra en el fondo y evalúa la ponderación efectuada por el Ayuntamiento de Parla, tomando en consideración la composición del objeto y las actividades que lo integran. Gracias a ese examen sustantivo de la propuesta del Ayuntamiento, logra advertir la enorme disparidad que rodea a los tres servicios a prestar. Las diferencias son tales que afectan a los requisitos técnicos, los ámbitos de actuación, el contenido y el alcance del servicio, el plan integral de actuación, los criterios de valoración, la documentación a aportar, la puntuación y los precios.

Desde esa perspectiva de lo concreto, el TSJM enjuicia de manera apegada a la realidad una serie de asertos esgrimidos por el Ayuntamiento y el TACPM, como el incremento de la eficacia, la eficiencia y el aprovechamiento de las economías de escalas, basadas desde el punto de vista del Tribunal únicamente en prejuicios positivos. De forma contundente, llega a afirmar que el planteamiento sostenido por el Ayuntamiento en lugar de promover la con-

(49) La resolución de 29 de abril de 2010 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones recalzó «la importancia de asegurar que, en la medida de lo posible, las Administraciones públicas procedan a la separación por lotes de los servicios de comunicaciones electrónicas que desean contratar». Sin este argumento de autoridad, el sentido de la resolución del TACRC quizás hubiera variado. A mayor abundamiento, el informe INF/DP/007/14, de 13 de junio de 2014, sobre los Pliegos del procedimiento abierto de contratación de servicios consolidados de telecomunicaciones de la Administración General del Estado, de la CNMC es una muestra bastante representativa de la especialidad del sector de las TIC.

currencia, restringe ésta sin ninguna justificación real basada en magnitudes medibles o cuantificables y en criterios ciertos sobre el beneficio o ventaja que tal forma de proceder puede aportar para la Corporación Municipal o para el interés general que representa. El TSJM también entró a refutar en su sentencia el celeberrimo argumento de las UTE como forma de superar los obstáculos de acceso. Por esa razón, el fallo anuló la resolución 92/2012, de 12 septiembre de 2012, del TACPM, confirmatoria del enfoque del Ayuntamiento, y la parte afectada de los Pliegos del contrato. Aquí puede comprobarse el choque con la resolución 927/2014, de 18 de diciembre de 2014, del TACRC, ya que el TSJM sí ordena en este caso la licitación del servicio por lotes independientes, enmendando y supliendo la decisión del propio órgano de contratación.

Al hilo del comentario de esta sentencia son tres las críticas que cabría argüir contra la doctrina dominante en los tribunales en los tribunales administrativos de contratación pública antes del 18 de abril de 2016. La primera de ellas es un problema recurrente cuando se trata de controlar el ejercicio de las potestades discrecionales (50). Persiste cierta renuencia a fiscalizar el ejercicio de las mismas por miedo de interferir y usurpar la voluntad de sus titulares. Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico para la potestad; constatar la efectiva concurrencia de la base material sobre la que se apoya la potestad discrecional no invade el margen de apreciación legítimo del que dispone el titular. A fin de cuentas, la posibilidad de control es lo que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad. En el caso de la división en lotes, la ponderación conjunta de los principios en juego es susceptible plenamente de fiscalización, tal y como hizo el TSJM en la sentencia 624/2014, porque el juicio de estos principios se proyecta sobre realidades concretas. Si un órgano quiere aprovechar los beneficios de las economías de escala, nada puede oponerse a esa decisión siempre y cuando existan motivos verdaderos para esperar el hipotético aprovechamiento de esos efectos. El exceso de celo a la hora de respetar las decisiones de los órganos de contratación, salvo casos extremos, ha conducido a una aquiescencia no demasiado meditada, teñida de automatismo.

La segunda crítica esta conectada con la primera premisa y radica en la sobrecualificación de los principios de eficacia o eficiencia en parangón al valor de la concurrencia competitiva (51). No podemos olvidar que la correcta utilización de los fondos públicos constituye un objetivo secundario para las Directivas respecto a los principios que garantizan la apertura de una sana competencia y el desarrollo del mercado. En la medida de lo posible debe

(50) E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2011a: 488 y ss.).

(51) C. CHINCHILLA MARÍN (2011: 34-36); S. DÍEZ SASTRE (2012: 34-37); J. M. GIMENO FELLIÚ (2006: 23-29); E. MAÑEZ MARTÍNEZ (2015: 391-407).

procurarse satisfacer ambas parejas de principios, pero de primar una de ellas frente a la otra, sería la atinente a la competencia, en consonancia con el espíritu de las Directivas.

Por último, antes que rechazar la licitación en lotes de plano, parece una mejor solución admitir la oferta integradora y comprobar de ese modo cual de las dos fórmulas es superior en el caso específico. Llama la atención las escasas referencias a esta técnica que no presenta contrapartidas si la intención inicial ya era licitar el contrato de forma unitaria. La posibilidad de adjudicar el contrato en bloque continúa estando en la mesa si la oferta global resulta económicamente más ventajosa que la división en lotes; y si no es así, el haber comparado los dos escenarios permite seleccionar la mejor oferta con mayor conocimiento de causa (52).

III. EL PORQUÉ DE LA CONFIGURACIÓN EXCEPCIONAL DE LA DIVISIÓN EN LOTES EN EL TRLCSP

1. Entre el escepticismo, la indiferencia y la fe

Descrito el marco normativo español anterior a la irrupción de la Directiva 2014/24/UE, inevitablemente alterado tras el 18 de abril de 2016, con el consiguiente despliegue del efecto directo de varias de las previsiones contenidas en el artículo 46 de la Directiva, el siguiente interrogante a despejar estriba en el porqué de esta determinada regulación y no de otra alternativa.

En esta cuestión, como ya hemos reseñado, el legislador español imprimió su propia idiosincrasia, desmarcándose respecto a la orientación subyacente en la Directiva 2004/18/CE (53). Pese a sus paralelismos, el artículo 86 del TRLCSP de manera implícita expresa un juicio de valor en relación a la división de lotes, inexistente, por contra, en el artículo 9 de la Directiva. Los dos preceptos, tanto el europeo como el nacional, establecen una serie de cautelas con el objeto de evitar que a través de fraccionamientos artificiosos se puedan sustraer los contratos del régimen procedimental y publicitario que les corresponda por razón de su verdadera cuantía; sin embargo, la norma española no se conformó con estas reglas y añadió una carga adicional: la

(52) El informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la JCCA de Aragón realiza un estudio exhaustivo de la oferta integradora.

(53) De esta opinión, el informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la JCCA de Aragón: «sin embargo, no se aprecia este carácter excepcional en la regulación de la licitación en lotes de la Directiva 2004/18, que se limita a establecer reglas de cálculo de valor estimado de los contratos públicos en los supuestos de adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, concluyendo que se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes».

necesidad de justificar en el expediente de contratación el fraccionamiento. En definitiva, el artículo 86.3 del TRLCSP en cierto modo presume (54), *iuris tantum*, la imposibilidad o falta de oportunidad de dividir en lotes, debiendo ser el órgano de contratación quien desvirtúe la presunción por medio de la pertinente motivación. La *ratio legis* de tal presunción responde a los vicios que han anidado y anidan, por desgracia, en la praxis contractual del sector público español (55).

En el argot jurídico, al escuchar la palabra «fraccionamiento» tendemos a evocar primordialmente su variedad ilegal. A modo de anécdota, Pleite Guadamillas (56) en una ocasión puntual dio la siguiente definición del fraccionamiento: «la división artificial en varios expedientes de un gasto que constituye una unidad, realizada por el gestor del mismo y que tiene como consecuencia la elusión de la aplicación de una norma que, en caso de no haber realizado el fraccionamiento, le resultaría plenamente aplicable». No habría nada que objetar si al describirlo hubiera incluido a continuación el adjetivo «fraudulento». Por el contexto, se infiere que efectivamente esta hablando de esa modalidad y no del fraccionamiento en general. Por ese motivo, la omisión no tiene mayor trascendencia que la de un pequeño descuido. Con todo, el lapsus sí constituye una muestra bastante representativa de nuestra inclinación, casi automática, a asociar mentalmente fraccionamiento con ilegalidad.

La mala fama que rodea a la ruptura de la unidad del objeto contractual es más que un simple prejuicio irracional, existe una base empírica que lo sustenta y explica. No parece extraño que el uso de esta vía suscite tantos recelos cuando es tan socorrida desde el fraude de ley. La propia normativa europea participa de esta desconfianza al dotarse de mecanismos dirigidos a salvaguardar, frente a eventuales divisiones ilegales, la correcta aplicación de las normas relativas a los procedimientos de adjudicación y publicidad. No obstante, la posición mantenida por las dos últimas generaciones de directivas ante el fenómeno del fraccionamiento no resulta coincidente con la española. Compartiendo parte de esa misma inquietud, no se ven absorbidas por ella.

(54) Resulta complejo seleccionar el tiempo verbal desde el que referirse al artículo 86 del TRLCSP. Hoy por hoy, su tenor literal permanece impertérrito, ajeno completamente a las transformaciones derivadas del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE. En ese sentido, es derecho vivo que precisaría de una modificación o abrogación formal para acomodarlo a las últimas exigencias europeas en la materia. No obstante, en el plano de la aplicación práctica, el efecto directo vertical desplaza el artículo 86 en varios aspectos. En aquellos puntos donde el artículo 46 prevalece sobre el artículo 86 habría que hablar en pasado, pero no puede desconocerse que por el momento sigue ahí. Ello nos obliga a hacer malabares lingüísticos de cara a trasladar esa doble naturaleza de norma formalmente vigente, pero desplazada en su aplicación en todo aquello que quede comprendido dentro del efecto directo del artículo 46.

(55) MAÑEZ MARTÍNEZ, E. (2015, pp. 396-397).

(56) MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F. (2008, p.364).

La Directiva 2004/18/CE a la vez que se preparaba ante las posibles contingencias negativas derivadas de la división de lotes y su impacto en el cálculo del valor estimado (véanse, los apartados 3, 4 y 5 de su artículo 9), también contemplaba varias reglas de índole práctica acerca de los lotes. En concreto, el Anexo VII A dedicó varios apartados a determinar los contenidos que habían de figurar en el anuncio de licitación cuando se procediera al fraccionamiento en lotes. Por ejemplo, una de esas menciones necesarias era la indicación en el anuncio del número máximo de lotes para los que podrían presentar ofertas los operadores económicos. Sin desconocer los riesgos latentes en el fraccionamiento, la Directiva 2004/18/CE asumía el fraccionamiento desde una perspectiva ecléctica. No lo promovía de manera activa, pero tampoco lo repudiaba. De ahí que tomara interés en proporcionar algo más que normas anti-fraude. Aunque el TRLCSP no prohíba el fraccionamiento *per se*, al entrar a regularlo lo hace desde un prisma esencialmente negativo (57). Gracias al artículo 86 del TRLCSP podemos saber en que casos no será susceptible un contrato de descomponerse en varios lotes; en cambio, no hay ninguna alusión directa sobre cómo actuar si finalmente nos acogemos válidamente a esta técnica. Extremos como el número máximo de lotes por los que poder licitar quedan a extramuros de la norma principal, relegadas a los reglamentos de desarrollo (58).

En consonancia con la excepcionalidad de la que imbuye el TRLCSP al fraccionamiento, la prioridad del texto español parece que sea justo su evitación. Y es ahí donde radicaba la gran diferencia entre el Derecho español y el Derecho de la Unión Europea en este campo. Al menos en su dicción literal, la Directiva 2004/18/CE optó por una posición equidistante o neutral ante el fraccionamiento, siempre que se respetaran las pautas del artículo 9. Posteriormente, la aparición de documentos como el Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos del año 2008 fueron auspiciando la división como método para garantizar la concurrencia de las PYMES en mejores condiciones. En la actualidad, la Directiva 2014/24/UE ha adoptado un firme rol proactivo en torno a los lotes, confirmando la paulatina trayectoria experimentada desde la indiferencia a la promoción. Un panorama en claro contraste con el enfoque predominantemente restrictivo que dominaba hasta hace muy poco el Derecho nacional.

(57) Citando al TACRC, en su resolución 918/2014, de 12 de diciembre de 2014, «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 denominar sistema integral, esto es, la inclusión de todas las prestaciones en un único contrato sin división de lotes».

(58) El Proyecto de la nueva LCSP rompe con esta situación del TRLCSP. Las referencias a los lotes, ahora sí desde un punto de vista también proactivo, se desparraman con profusión a lo largo del articulado.

Naturalmente, las transformaciones a escala europea, como no podía ser de otra forma, han ido repercutiendo sobre la exégesis del Derecho nacional. El informe 31/12, de 7 de mayo de 2013, de la JCCA del Estado rechazó la posibilidad de adjudicar por separado las obras de reparación de una serie de aceras en el municipio de Badajoz, apreciando que el objetivo de fomentar la participación de las PYMES no constituía razón suficiente para quebrar la unidad funcional del contrato (59). Un informe más reciente de la misma Junta, el 12/15, de 6 de abril de 2016, declaraba, precisamente, la necesidad de revisar el criterio mantenido en el informe 31/12 y anteriores, en aras de una mayor flexibilización del artículo 86.3 del TRLCSP que atienda mejor al nuevo contexto europeo y nacional. A día de hoy, la JCCA del Estado no se hubiera opuesto a la licitación sugerida, basada en la distribución de lotes en función de las calles. Con anterioridad, el informe de la JCCA de Aragón 11/2013, de 22 de mayo de 2013, haciéndose eco de la línea seguida desde la UE, consideraba que la regla general debía ser «la licitación en lotes siempre que ello fuera posible con el fin de favorecer la competencia y la participación de las empresas». También, la sentencia 624/2014, de 29 de octubre de 2014, del TSJM asumió en su seno este cambio de visión.

Eso sí, no podemos olvidar que se tratan de cambios muy recientes, por lo que no desvirtúan el sentido de las afirmaciones anteriores. Irónicamente, aunque las leyes hayan dado preferencia a la unidad del contrato en oposición a la segmentación, el funcionamiento ordinario del sector público español en su día a día nunca ha discurrido conforme a esa concepción excepcional del fraccionamiento, más bien justo lo contrario. El fraccionamiento, no tanto la división en lotes, dista mucho de ser una práctica infrecuente. Esta irónica discordancia entre lo preconizado desde el texto legal y la realidad burocrática

(59) Véase, al respecto, la consideración jurídica tercera del informe: «en el caso concreto, el contrato de obras adjudicado presenta una unidad funcional, como es la reparación de las aceras de la ciudad. El hecho de que se divida en lotes obedece a la única finalidad de que se beneficien a las pequeñas empresas de ese municipio. Esta finalidad por sí sola, no justifica que se proceda a dividir el objeto del contrato, rompiendo esa unidad funcional, por lo que deben respetarse las reglas generales de adjudicación de contratos, en cuanto a la publicidad, la concurrencia y el procedimiento a seguir, que serán las correspondientes a la totalidad del objeto del contrato adjudicado, esto es, al conjunto de todas las reparaciones previstas, sin que resulte válido, en opinión de esta Junta Consultiva, que se puedan adjudicar los contratos por separado». Particularmente llamativo, es el informe 57/08 de la misma Junta, de 31 de marzo de 2009, donde de forma lapidaria se descarta la posibilidad de licitar en lotes diferentes estas prestaciones: movimiento de tierras y estructura; peletería y saneamiento; cierres y carpintería exterior; pintura; puertas prefabricadas; redes de agua, gas y electricidad; climatización; y ascensores. Sin aportar razón alguna, negaba de plano la posibilidad de insertar estas diferentes actividades en las habilitaciones del entonces vigente artículo 74.3 de la LCSP. Una muestra clara de la predisposición negativa a la división de lotes que anidaba en la doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales y juntas consultivas de contratación administrativa.

constituye una de las razones, si no la principal, que explica el porqué al que antes aludíamos y sobre el que seguiremos ahondando en seguida.

2. El miedo al procedimiento negociado y al contrato menor

A) Las fisuras del procedimiento de contratación en relación al objeto del contrato

Con independencia del volumen real de la corrupción, magnitud de muy complicada medición, la percepción de la misma en España es mucho más elevada en comparación a la de otros países del ámbito de la UE, como revelan los informes publicados por Transparencia Internacional (60). El Eurobarómetro del año 2015 sobre empresas y corrupción expone también la mayor preocupación de los empresarios españoles ante la corrupción. Un 56% de los encuestados consideran que en los últimos tres años la corrupción ha impedido que pudieran ganar algún procedimiento de adjudicación frente al 34% de la media europea. Asimismo, un 93% cree que la corrupción es un problema totalmente extendido por el país, lo cual supone un 22% adicional en relación al computo global de los 28 estados de la UE.

No sorprende que la contratación pública constituya una de las áreas donde se proyecta más intensamente la corrupción dado el gran volumen de recursos económicos desplegados (61). Después de todo, entre el 13 y el 20% del PIB esta en juego en la contratación pública. Como expuso el Parlamento Europeo, en su Resolución de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, «el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea».

Lógicamente, la corrupción repercute en todo el *iter* contractual, desde la preparación hasta la fase de ejecución (62), por lo que, consecuentemente, también las medidas destinadas a combatirla han de distribuirse a lo largo del proceso en su conjunto. Centrando la atención en aquellas áreas relacionadas con la división de lotes, el Informe Anticorrupción de la Unión Europea, del año 2014, el primero en toda su historia, entre las anomalías detectadas, identificó el uso indebido del procedimiento negociado sin publicidad y el

(60) Véase, al respecto, la progresión apuntada en los Índices de la Percepción de la Corrupción elaborados por Transparencia Internacional desde el año 2002.

(61) T. MEDINA ARNÁIZ (2013: 5-6).

(62) J.M. GIMENO FELIÚ (2016: 273-280).

fraccionamiento del contrato para eludir las normas sobre publicidad, ambas cuestiones íntimamente ligadas en el escenario español, como dos de las infracciones más frecuentes.

Esta impresión se ve reforzada si tenemos en cuenta el hecho de que las empresas españolas declararan al ser consultadas en el Eurobarómetro 2013 (fue éste el empleado para confeccionar el Informe Anticorrupción de la Unión Europea) que la principal infracción cometida en la fase de licitación era el abuso de los procedimientos negociados. A mayor abundamiento, el informe del Tribunal de Cuentas número 935 constató como una de las irregularidades más recurrentes en la contratación pública el fraccionamiento indebido de la cuantía de los contratos, con la finalidad de tramitarlos mediante procedimientos negociados sin publicidad o como contratos menores, según el caso, y la habitual falta de justificación de la concurrencia de los supuestos legales que permiten la utilización de procedimientos negociados sin publicidad.

Páginas atrás hacíamos alusión al atavismo de las normas anti-fraccionamiento (63) y sí estas son antiguas, lo natural es que la existencia de la conducta que pretenden evitar lo sea aun más. Prácticamente desde que existen normas disciplinadoras de la contratación pública, ha habido intentos de burlarlas por medio de la ruptura de los contratos en pedazos más pequeños, que queden por debajo de los umbrales de corte. Una picaresca que, pese a lo elemental de la misma, lleva trayendo de cabeza al Derecho de la contratación pública desde sus orígenes. Al constituir la cuantía del contrato junto a la condición subjetiva del ente adjudicador los principales puntos de referencia para la aplicación de las normas, la tendencia natural ha sido reputar como más seguros los contratos voluminosos en detrimento de los pequeños, ya que los primeros están sometidos a formalidades más rigurosas. En nuestro Derecho impera la máxima implícita de que cuanto mayor volumen, mayores son las garantías. *A sensu contrario*: menor volumen, menores garantías.

En principio, esta premisa puede calificarse como esencialmente correcta siempre y cuando se introduzcan dos matices. Hay tener en cuenta que la elevación de los estándares formales no asegura al cien por cien la corrección del procedimiento. Desde un punto de vista material, resulta factible defraudar la limpieza del proceso creando objetos artificiales carentes de trasunto en el tráfico mercantil regular (64), que restrinjan de facto el acceso a cualquier operador económico distinto de la empresa que haya servido de modelo para la determinación del objeto. También cabe aglutinar sin necesidad muchas prestaciones hasta alcanzar valores desorbitados a los que únicamente pue-

(63) Véase, J.M. CARBONERO GALLARDO (2010: 99 y ss.).

(64) Como apunta la resolución 52/2013, de 30 de enero de 2013, del TACRC es perentorio adecuar el objeto contractual a la realidad del mercado.

dan dar respuesta unas pocas empresas. De ese modo, aunque se utilicen los procedimientos más favorables a la concurrencia competitiva, en la práctica apenas acudirán unos pocos licitadores, porque el resto sabrá que no tienen ninguna opción de conseguir la adjudicación del contrato. Tiene poca utilidad dar una gran difusión al anuncio de licitación si sólo sirve para disuadir al resto de operadores económicos de concurrir a la licitación.

Si bien en líneas generales el mayor valor del contrato redundaría en un incremento de las garantías, hay ocasiones donde puede emplearse justo en el sentido contrario, con el agravante de contar con ese caso de un *fumus boni iuris*. Por esa razón, no podemos bajar la guardia y presumir inmaculado un procedimiento por el hecho de haber estado sujeto al nivel máximo de aplicación del TRLCSP. El Derecho demanda una actitud de permanente vigilancia, máxime en campos tan proclives al fraude de ley y la corrupción.

Por otro lado, el segundo matiz viene del artículo 86.3 del TRLCSP. El artículo 86.3 para determinar las normas procedimentales y de publicidad en la adjudicación de cada lote toma el valor acumulado del conjunto, en vez del individual de los diferentes lotes presentes en el expediente. La regla tiene por excepciones las fijadas en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2 de la norma. El artículo 88.7 del TRLCSP en relación al valor estimado reproduce la misma fórmula del artículo 86.3. En teoría, desde este método de cálculo la compartimentación de la contratación no debería acarrear una degradación de las garantías. Un contrato de un millón de euros dividido en un millón de lotes de un euro seguiría rigiéndose conforme a las disposiciones en materia de publicidad y procedimiento que le hubieran correspondido en ausencia de fraccionamiento. Sin embargo, las Directivas, pues suya es la redacción de los apartados 2 de los artículos 14, 15 y 16 del TRLCSP, dejaron abierto un resquicio, que sin anular por entero la regla, atempera parcialmente su virtualidad.

El artículo 14.2 del TRLCSP en los contratos de obra o concesiones de obra permite excluir la aplicación de la regulación armonizada a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a un millón de euros, siempre que el importe global de lotes exceptuados no sobrepase el 20% del valor acumulado de la totalidad de los mismos. En cuanto a los artículos 15.2 y 16.2 del TRLCSP, contienen la misma patente de curso para los contratos de suministro y servicios, variando solamente el importe del valor estimado de los lotes que pueden exceptuarse, en ese caso 80.000 euros. Resulta llamativa la falta de exigencia de motivación o justificación para acogerse a dicha posibilidad, un aspecto que conserva el artículo 5.10 de la Directiva 2014/24/UE. *Strictu sensu*, tal y como esta configurada, aparenta ser una potestad de uso libre por parte de los órganos de contratación de los poderes adjudicadores.

Curiosamente, los contratos de concesión de servicios divididos en lotes no pueden acogerse a ninguna de estas excepciones. El legislador nacional se

limitó a transcribirlas tal cual, sin ponderar que el contrato de concesión no se veía alcanzado por la regulación armonizada de aquel momento. En ellos el artículo 86.3 sí se cumplía a rajatabla. Lo cierto es que tampoco ahora hay visos de que con la Directiva 2014/23/UE vaya a cambiar esa situación. El artículo 8 de la Directiva no establece excepciones, a diferencia del artículo 5.10 de la Directiva 2014/24/UE que mantiene esta posibilidad intacta. Por ende, las concesiones de servicios continuarán en la misma situación del vigente TRLCSP, a la que se sumaran las concesiones de obra pública. Así puede comprobarse en el artículo 20 del proyecto de la LCSP. No parece que en este punto el texto definitivo vaya a variar en exceso de lo dispuesto en el anteproyecto genuino, vista la continuidad en el proyecto de ley.

El problema de esta prerrogativa son las cuantías escogidas en conexión con la regulación española del procedimiento negociado y el contrato menor. El artículo 171.D del TRLCSP faculta el uso del procedimiento negociado en los contratos de obras cuando el valor estimado de éstos sea inferior a un millón de euros. Por su parte, los artículos 173.F y 174.E del TRPCSP en relación a los contratos de suministro y servicios autoriza el recurso al procedimiento negociado, en todo caso, cuando los contratos no superen los 100.000 euros. Yuxtapuestos estos artículos y el 177.2 del TRLCSP, el balance no es muy alentador de cara a las garantías formales del procedimiento. Un 20% de lotes producto de la fragmentación pueden adjudicarse desde el procedimiento negociado mientras individualmente los lotes no superen el valor de un 1.000.000 de euros en las obras y 80.000 en los suministros y servicios. Asimismo, si el valor estimado de esos lotes en las obras no supera la cifra de 200.000 euros en las obras y 60.000 en los suministros y servicios, cabría llevar a cabo la adjudicación por el procedimiento negociado sin publicidad. A todo esto hay que añadir la opción de utilizar el contrato menor conforme a los umbrales del artículo 138.3 del TRLCSP.

Diseñando sagazmente los lotes hasta un 20% del contrato resultaría susceptible de quedar exento de un control más estricto y licitado desde procedimientos poco abiertos a la competencia. Aunque el otro 80% restante continúe cubierto por normas más rigurosas, un 20% supone deja demasiado dinero a la intemperie, al albur de procedimientos escasamente garantistas. Parece evidente que el legislador europeo no valoró lo suficiente el gran espacio virgen disponible allende las Directivas. Un espacio que la normativa española no ha desaprovechado, aunque sea para mal.

B) Los lotes y el fraccionamiento ante el procedimiento negociado y el contrato menor

La figura del procedimiento negociado apareció por primera vez en el Derecho nacional con la transposición de las Directivas 1992/50/CEE,

1993/36/CEE y 1993/37/CEE, a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. A pesar de que el procedimiento negociado siempre ha sido concebido a escala europea como un procedimiento de carácter excepcional sometido a supuestos tasados, cuyo principal elemento definitorio es la negociación, España alteró sus perfiles de manera significativa al interiorizarlo dentro de su ordenamiento jurídico (65).

Si nos atenemos a su diseño genuino, como ya hemos dicho, las dos notas que distinguen al procedimiento negociado de los ordinarios son su excepcionalidad (66) y la necesidad de negociar durante la tramitación del mismo. Sin salir del ámbito de la UE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha enfatizado estos dos aspectos en una reiterada y copiosa jurisprudencia. Así la sentencia de 5 de octubre de 2000, asunto C-337/98, Comisión-Francia, ya afirmó en su considerando número 26 que «las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato». En cuanto al carácter limitado, la sentencia de 8 de abril 2008, asunto C-337/05, Comisión-Italia en sus considerandos 56 explica que «el procedimiento negociado deberá considerarse excepcional y, por lo tanto, sólo deberá aplicarse en aquellos casos taxativamente enumerados». Asimismo, el considerando 57 de esta sentencia recuerda que «las excepciones a las normas que tienen como finalidad garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos deben ser objeto de una interpretación restrictiva (67) (...)

Por lo tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a la Directiva 93/36 de su efecto útil, prever unos supuestos de utilización del

(65) F. BLANCO LÓPEZ (2011: 35-41); F. BLANCO LÓPEZ (2012: 32-33); J.M. CARBONERO GALLARDO (2014: 227-231); J.A. MORENO MOLINA (2008: 53-55); J.A. MORENO MOLINA (2009: 526-532); J. COLÁS TENAS (2013: 4-11).

(66) No obstante, en la Directiva 2014/24/UE se aprecia cierto viraje hacia posiciones más abiertas cuando se trate del procedimiento negociado en su modalidad con publicación previa. El considerando 42 resalta la necesidad de que los poderes adjudicadores puedan elegir con mayor flexibilidad las clases de procedimientos que incluyen negociaciones. Empero, no ha de malinterpretarse el planteamiento del considerando 42 y confundirlo con una ratificación de la praxis española. Cuando el considerando 42 habla de facilitar el acceso al negociado lo hace teniendo en mente contratos que realmente precisen de la negociación y no en convertir la negociación en un modo ordinario de proceder, aunque la naturaleza de la prestación no lo requiera. De este relanzamiento de la negociación en los procedimientos de contratación dan cuenta J.M. GIMENO FELIÚ (2014: 97-103); y J.A. MORENO MOLINA «La apuesta europea por un mayor recurso del procedimiento negociado en la contratación pública», en el Observatorio Público de la Contratación Pública.

(67) Véanse, las sentencias del TJUE de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23; de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13, y de 2 de junio de 2005, Comisión/Grecia, C-394/02, Rec. p. I-4713, apartado 33.

procedimiento negociado no previstos en la citada Directiva, como tampoco establecer para los supuestos expresamente previstos por la Directiva nuevas condiciones que tengan por efecto hacer más cómoda la utilización del citado procedimiento».

Pasando a la esfera nacional, son muchas las referencias disponibles que abonan el planteamiento del procedimiento negociado suscrito legal y jurisprudencialmente desde la UE. El informe 48/09, de 1 de febrero de 2010, de la JCCA del Estado se pronuncia en este sentido: «el procedimiento negociado, ya sea con o sin publicidad, es un procedimiento de adjudicación de contratos excepcional que sólo es de aplicación en los supuestos determinados en la Ley y sólo en esos, y que, precisamente por esa excepcionalidad, su régimen difiere de las reglas de los procedimientos abiertos y restringidos». De igual parecer, el informe 2/12, de 30 de mayo de 2012, de la JCCA de las Islas Baleares expone que «el procedimiento negociado es un procedimiento específico de adjudicación de los contratos que se configura como un procedimiento excepcional que sólo es de aplicación en los casos que determina la Ley y que tiene como elementos esenciales y diferenciadores respecto de los procedimientos abiertos y restringidos, que son los procedimientos de adjudicación ordinarios, la consulta y negociación previas a la adjudicación del contrato».

En cualquier caso, como resaltó la resolución 8/2015, de 16 de enero de 2015, del TACRC, debe tenerse presente que no hay libertad en la elección del procedimiento negociado aun por la cuantía, pues siempre debe motivarse porque se escoge en vez de los ordinarios (68).

Tal es la dimensión troncal de la negociación que la ausencia de la misma ha llegado a considerarse un vicio de nulidad absoluta (69). A esos efectos, según la resolución 50/2011, de 24 de febrero de 2011, del TACRC «la presentación de las ofertas por las empresas invitadas, no puede ser considerada como una fase de negociación, pues resulta obvio que la negociación de existir lo será con posterioridad a la presentación de las ofertas, no las ofertas en sí mismas». Si bien esta conclusión es consecuente con la naturaleza del procedimiento, aplicada de forma categórica obligaría a negociar incluso si es innecesario por ajustarse la oferta inicial plenamente a las necesidades de la entidad contratante y no dejar margen real para la transacción. A salvo de este matiz, dado el sistemático abuso de este tipo procedimental parece una medida apropiada de cara a cortar de raíz los excesos en su empleo y remi-

(68) Suscriben esta idea J.F. FERNÁNDEZ GARCÍA (2013:103) y C.V. RUIZ RUBIA (2012: 60-62).

(69) Apuntan hacia esta conclusión las resoluciones 50/2011, de 24 de febrero, 145/2014, de 20 de febrero de 2014, 146/2014, de 20 febrero, de 2014, y 829/2014, de 7 de noviembre de 2014, del TACRC. En una línea similar, el acuerdo 10/2013, de 14 de junio de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

tir al procedimiento negociado solamente aquellas cuestiones que en verdad encajen con su perfil propio.

Hasta aquí todo lo desarrollado es cierto al menos teóricamente: el procedimiento negociado debería aplicarse exclusivamente en los supuestos tasados y de manera excepcional; la negociación constituye el elemento basilar sobre el que se edifica el procedimiento; la ausencia de negociaciones durante el curso de la tramitación puede acarrear su nulidad, etc. *Eppur si muove*. Ninguna de estas restricciones ha impedido que el 42% de las adjudicaciones que figuran en la Plataforma de Contratos del Sector Pública se realicen a través del procedimiento negociado sin publicidad (70). Una vez más en el Derecho español, lo extraordinario ha acabado transformado en ordinario (71).

La clave detrás de esta elevada cifra de adjudicaciones desde el procedimiento negociado responde a una singularidad del Derecho español vigente, que lo distingue y separa de la regulación armonizada impulsada desde las Directivas europeas. Con la primera transposición del procedimiento negociado al orden jurídico nacional, el legislador aprovechó para adicionar más supuestos habilitantes en relación al elenco previsto en las Directivas. A instancias de la Comisión, poco a poco fueron cayendo de nuestra regulación esas causas extra, no sin resistencia, hasta que sólo quedo una: aquella fundamentada en la cuantía de los contratos. Aunque difícilmente pueda coonestarse una cláusula semejante con las bases inspiradoras del procedimiento negociado (72), lo cierto es que ha sobrevivido al transcurso del tiempo y hoy por hoy sigue sub-

(70) Así lo recoge el dictamen 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de la LCSP. Tomando de referencia a la Administración de la Generalitat de Cataluña de los 7.402 contratos que celebró durante el año 2015, fueron adjudicados 3065, el 41,4% del total, siguiendo el procedimiento negociado.

(71) E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2011b: 299-303). Por ejemplo, en el procedimiento expropiatorio, la expropiación urgente es la fórmula más socorrida en clara divergencia con el tenor de la Ley. Dejando a un lado otros factores, la mayor agilidad de esta clase de procedimientos supone una tentación demasiado fuerte. En principio, si se da a elegir nadie escoge el sendero plagado de obstáculos, pudiendo recorrer uno más llano y descansado. Sin embargo, esos obstáculos acostumbran a ser algo más una rémora puesta en el camino de la Administración Pública por pura malicia del legislador, normalmente comparten importantes garantías. De ahí la gravedad de esta conversión de lo ordinario en excepcional y lo excepcional en ordinario.

(72) En base a la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02), aquellos contratos de importancia para el mercado interior, incluso si no quedan cubiertos por los umbrales de las Directivas, están sometidos a unos serie de principios básicos que deben regir la adjudicación. Por ese motivo, aunque las cantidades del procedimiento negociado por razón de la cuantía se sitúen por debajo de los baremos de las Directivas, ello no exonera al procedimiento de respetar los principios de libre concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación, especialmente cuando el artículo 1 del TRLCSP los asume como propios.

sistiendo. Los artículos 171.D, 172.B, 173.F, 174.E, 175 y 177.2 del TRLCSP son los causantes de la profusa utilización del procedimiento negociado sin publicidad (73), sin perjuicio de interpretaciones laxas del resto de supuestos que puedan coadyuvar al incremento de la estadística.

En cierto modo el procedimiento negociado por razón de la cuantía en el terreno práctico deviene en otra especie procedimental distinta de la del procedimiento negociado convencional. Por más que comportan un nombre idéntico o se agrupan bajo la misma sección, la irrelevancia del *nomen iuris* constituye un principio asentado firmemente en el Derecho. Levantado el velo, el procedimiento negociado basado en umbrales económicos aparece ante nuestros ojos como una suerte de híbrido, a medio camino entre un procedimiento simplificado y la contratación directa (74). Los poderes adjudicadores tienden a representarse el negociado como un procedimiento simplificado de contratación, sin publicidad, basado en la consulta reducida a tres operadores económicos.

Con acierto destaca Francisco Blanco López (75) la incongruencia de considerarlo ágil procesalmente cuando de desarrollarse una verdadera negociación, incluso sólo entre tres candidatos, las conversaciones dilatarían notablemente la duración de la tramitación (76). Sucede igual con su pretendida simplicidad (77); no ha de confundirse la menor rigidez y formalismo que lo

(73) Véase, la Recomendación 1/2011, de 6 de abril de 2011, de la JCCA de Aragón «es un procedimiento, que aunque se comporta como un procedimiento ordinario, representa una importante restricción de la concurrencia que aconseja su uso limitado conforme al principio de buena administración. Cuando el legislador diseña un catálogo de procedimientos de contratación, y establece unas franjas económicas operativas para cada uno de ellos, está estableciendo una pauta del camino, orientando acerca de la mejor forma de abordar la adjudicación de los contratos públicos, haciendo inoperativo el carácter preferente y ordinario de los procedimientos abierto y restringido. No obstante, y pese al panorama legislativo expuesto, los órganos de contratación en la elección del procedimiento de adjudicación no pueden olvidar uno de los principios generales que deben de inspirar la contratación del sector público, que es la garantía de la mayor concurrencia y publicidad, como de hecho predica el artículo 1 LCSP».

(74) J.A. SANTÍAS VIADA (1996: p.137). «Como resumen de lo expuesto puede afirmarse que la regulación del procedimiento negociado en la LCAP coincide sustancialmente con la de la contratación directa en la legislación de contratos del Estado...». Desde el principio hubo voces que advirtieron la proximidad del procedimiento negociado, en los términos de la regulación española, con la adjudicación directa del contrato.

(75) F. BLANCO LÓPEZ (2011: 39 y ss.).

(76) J. COLÁS TENAS (2013: 10-11). Como apunta Colás Tenas, no se ha llegado a comprender la naturaleza real de la negociación.

(77) Véase, la resolución 50/2011, de 24 de febrero de 2011, donde se resalta la complejidad intrínseca del procedimiento negociado.

caracterizan con sencillez (78). La búsqueda de flexibilidad responde a las necesidades derivadas de la negociación. Esta visión únicamente resulta posible desde la desnaturalización completa del procedimiento (79) y es precisamente la alteración de sus raíces lo que permite calificarlo sustancialmente como un remedeo de contratación directa cualificado o procedimiento hipersimplificado, donde la consulta a tres candidatos es la pieza vertebradora. Sin duda, tal perspectiva está muy alejada de la configuración genuina del negociado europeo.

Además del procedimiento negociado, el Derecho español también contempla otra figura desconocida para el Derecho de la Unión Europea e igualmente propensa a ser empleada como vehículo de huida de los principios generales de la contratación pública (80). Se trata del contrato menor, regulado por los artículos 23.3, 111 y 138.3 del TRLCSP. De nuevo, las estadísticas son abrumadoras (81). Gráficamente, Moreno Molina auguró —profecía cumplida— que con la LCSP para muchos Ayuntamientos lo realmente excepcional iba a resultar adjudicar algún contrato de obras de más de 50.000 euros o un contrato de otro tipo cuya cuantía exceda los 18.000 (82). El contrato menor (83) es un procedimiento de contratación simplificado aplicable a los supuestos de contratos administrativos de escasa cuantía y que viene definido por la práctica ausencia de procedimiento como tal. Los contratos menores pueden adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación; la libertad del órgano de contratación para seleccionar al contratista es absoluta dentro de los endeble límites marcados del artículo 111 y 138.3 del TRLCSP.

(78) F. BLANCO LÓPEZ (2012: 42-43).

(79) De parecer similar, G. LAGO NÚÑEZ (2008: 1772-1784). En su opinión, «considerar que la negociación es incompatible con la rigurosidad (de la subasta y el concurso) y exagerar su carácter necesariamente flexible y sin formalismos ha desnaturalizado el procedimiento y ante una dificultad cierta de definir la negociación (quizás debido a la falta de tradición administrativa de esta figura o al arraigo de expresiones peyorativas como es el de negociaciones prohibidas en el ámbito funcional), se ha llegado a un vaciamiento de su forma y contenido en la mayoría de los Pliegos de cláusulas administrativas. De manera que venimos asistiendo en la práctica a unos procedimientos negociados que se caracterizan por la ausencia de negociación, una especie de concursos rápidos, sin baremos, sin puntuación. Unas adjudicaciones directas disfrazadas que constituyen, a la postre, «la infracción más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos»».

(80) J.A. MORENO MOLINA (2011: 140-142).

(81) M. RIERA LÓPEZ (2013: 63). En el año 2011, el 86% de los contratos de Andalucía fueron menores

(82) J.A. MORENO MOLINA (2008: 54) y J.A. MORENO MOLINA (2011: 141).

(83) J. VÁZQUEZ MATILLA (2014:178-179); J.E. CANDELA TALAVERA (2011: 85-94); M. RIERA LÓPEZ, (2013: 61-68); I. GRAJAL CABALLERO (2009: 2955-2978); y A. GARCÉS SANAGUSTÍN (2009: 220-222).

El informe 14/2014, de 22 de julio de 2014, de la JCCA de Cataluña explica que «la contratación menor únicamente se encuentra justificada por la necesidad de simplificación en determinados supuestos en que debe prevalecer la agilidad para atender necesidades de importe y duración reducidas y, en todo caso, es una figura a la que se puede recurrir únicamente si no se contraviene la normativa en materia de contratación pública y, específicamente, la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos para eludir la aplicación de aquella normativa, recogida en nuestro derecho interno en el artículo 86 del TRLCSP y estrechamente relacionada con la utilización de la contratación menor». Parece poco probable que ante un uso tan reiterado del contrato menor pueda salvaguardarse la integridad de la normativa en materia de contratación pública. Como mínimo el efecto útil de las Directivas debe verse bastante debilitado.

Por su parte, el informe 6/2009, de 30 de julio de 2009, de la JCCA de las Islas Canarias da cuenta de los principales rasgos del contrato menor, sintentizándolos en cinco: la tramitación del expediente solo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos y, en el contrato de obras, además el presupuesto de las mismas; no podrán tener duración superior a un año ni ser objeto de prórroga ni de revisión de precios.; no es preciso constituir la mesa de contratación ni tramitar procedimiento de contratación; tampoco se exigen pliegos de prescripciones técnicas ni de cláusulas administrativas particulares; los principios de publicidad y concurrencia no son de obligatorio cumplimiento; y no es posible el fraccionamiento del objeto del contrato con la finalidad de eludir los principios fundamentales recogidos en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011. No resulta demasiado reconfortante saber que la inmensa mayoría de los contratos se adjudican siguiendo un «procedimiento» que tiene por el elemento modular el cumplimiento potestativo de los principios de publicidad y concurrencia.

En aras de una mayor celeridad, flexibilidad y simplicidad, el contrato menor y el procedimiento negociado de cocina española sacrifican demasiados aspectos troncales de la contratación pública. La reducción o anulación de la tensión competitiva provocada por los contratos menores y los procedimientos negociados repercute de forma clara en un aumento del gasto público (84). Evidentemente, como hemos sostenido a lo largo de estas páginas, la falta

(84) Por ejemplo, en relación a la eficaz y eficiente utilización de los fondos públicos, el informe PRO/CNMC/001/15 Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia, de 5 de febrero de 2015, comprobó que los contratos tramitados a través de procedimientos abiertos experimentaban un descenso medio del 20% en el precio de adjudicación respecto al presupuesto de licitación. Por contra, las variaciones en los procedimientos negociados oscilaban en torno al 1 o el 4%.

de transparencia favorece el riesgo de favoritismo y corrupción. De ahí, la conveniencia de ir mermando el empleo de estas fórmulas procedimentales y armar un verdadero procedimiento simplificado que aúne en su seno flexibilidad, rapidez y garantías (85).

C) Perspectivas de futuro a raíz del proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

Recuperando la idea que servía de pórtico para este epígrafe, el TRLCSP teme el fraccionamiento porque sabe que a través de él se pueden alcanzar los umbrales del procedimiento negociado y el contrato menor. Sin embargo, la LCSP lejos de restringir la aplicación de estas vías, aumentó las cuantías fijadas como baremo de acceso a éstas (86). Al proceder de este modo, el legislador incurrió en cierta bipolaridad o esquizofrenia; a la vez que desaconsejaba implícitamente el fraccionamiento, proporcionaba incentivos a su uso al vincular la cuantía de los contratos al procedimiento negociado. Si no fuera por las excepciones de los artículos 14.2, 15.2 y 16.2 del TRLCSP, la división en lotes sería totalmente ajena a la problemática del contrato menor y el negociado. Sin embargo, no es así; hasta un 20% de los lotes pueden ser adjudicados al margen de la disciplina armonizada. Por eso, existe una fuerte imbricación ahora mismo entre los lotes y las fórmulas de mayor opacidad y menor carga competitiva.

No obstante, el horizonte es más esperanzador. El proyecto de la nueva LCSP aboga la posibilidad del uso del procedimiento negociado, con y sin publicidad, por razón de la cuantía, tal y como demandaba la doctrina desde hacía muchos años. Con ello el procedimiento negociado español se aproxima al diseño legal europeo, como un procedimiento dirigido a atender las especiales circunstancias de algunos objetos contractuales. Era un error del Derecho español presumir que a partir de un umbral resulta aconsejable acudir a la negociación, cuando la necesidad de la misma deriva de las características materiales del objeto del contrato y no de su valor económico. Resituado el procedimiento negociado en las coordenadas que siempre debería haber ocupado, el Proyecto, siguiendo la estela de la Ley 3/2011, de 24 de febrero,

(85) F. BLANCO LÓPEZ (2011: 39-41). Blanco acogió muy favorablemente la introducción por la Ley 3/2011, de 24 de febrero, en materia de Contratos del Sector Público de Aragón de la tramitación simplificada dentro del procedimiento abierto. El artículo 157 del Proyecto de la nueva LCSP es claro epígono del precedente aragonés.

(86) J.A. MORENO MOLINA (2008: 53-55); J.M. GIMENO FELIÚ (2008: 39). Tanto Moreno Molina como Gimeno Feliú manifestaron de forma contundente el error de haber incrementado los umbrales de aplicación. Al hilo de estos cambios normativos, Gimeno Feliú abogó por suprimir la figura del contrato menor. Este planteamiento puede seguir identificándose en trabajos posteriores. Véase, J.M. GIMENO FELIÚ (2016: 267-268).

en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, entra a regular un procedimiento abierto simplificado destinado a colmar el permanente vacío de un procedimiento garantista que no renuncia a la agilidad procesal.

Por contra, el marco del contrato menor continúa siendo exactamente el mismo, a salvo de un par de detalles que no inciden en el enfoque que estamos abordando. Hubiera sido positivo trasladar al Proyecto el artículo 4.2 de la Ley aragonesa. Aunque no altere drásticamente el funcionamiento del contrato menor, la obligación de consultar al menos a tres empresas reduce un poco el automatismo de la adjudicación directa. Posiblemente, la comparación entre las empresas acabará siendo más simbólica que real, pero algo es algo.

Gracias a estas futuras modificaciones legislativas el uso intensivo de los lotes, como exhorta la Directiva 2014/24/UE, acarreará menos riesgos que en el contexto actual, quedando latente el peligro vinculado a los contratos menores. Con todo, actualmente nos hallamos en un periodo de interinidad hasta la definitiva aprobación del Proyecto de la LCSP, por lo que sigue rigiendo el texto del TRLCSP en su redacción vigente al mismo tiempo que la Directiva 2014/24/UE despliega su eficacia directa. Desde que finó el plazo de transposición, los poderes adjudicadores españoles deben priorizar la división de lotes frente a la unidad del contrato. Persistiendo en este momento los procedimientos negociados, con o sin publicidad, por razón de la cuantía puede dar lugar a situaciones conflictivas en combinación con las excepciones a la regla general de cálculo del artículo 86.3 del TRLCSP.

En ese sentido, la mejor cautela que podemos adoptar ante los peligros que puedan conjurarse alrededor del fraccionamiento en lotes es aplicar rigurosamente el procedimiento negociado. Como declara la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de octubre de 2010 (C-337/1998), Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa, «las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato». Reiterando lo ya dicho, el acuerdo 8/2015, de 16 de enero de 2015, del TACPA advierte «que aun por la cuantía, no hay libertad de elección de procedimiento, pues debe motivarse porqué se elige frente a otros procedimientos ordinarios (artículo 109.4 TRLCSP). Ahonda en esta dirección, la Recomendación 1/2016 de 20 de abril de 2016, de la JCCA de Aragón relativa a la utilización del procedimiento negociado.

Recordar, además, que «la elección del procedimiento de adjudicación por el órgano de contratación, no solo debe resultar conforme a la legalidad, sino que tiene que responder al principio de eficiencia que consagra la Constitución Española en el artículo 31, y que acoge el artículo 1 TRLCSP. Eficiencia que se consigue promoviendo la publicidad y la concurrencia. Es por ello que el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía no puede ser utilizado si no concurren otras circunstancias que hagan aconsejable que exista

negociación (87)». Evitando de forma voluntaria la aplicación de los artículos 14.2, 15.2 y 16.2 del TRLCSP o siguiendo las orientaciones defendidas por las juntas consultivas y los tribunales administrativos de contratación pública, deberían evitarse los eventuales perjuicios en la licitación por lotes.

Claro que si hasta ahora los entes adjudicadores han hecho caso omiso a estas observaciones, no hay razón para pensar que vayan a cambiar radicalmente sus pautas de conducta, por mucho que el proyecto de la LCSP anuncie el fin de los procedimientos negociados por razón de la cuantía.

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2016, por el que se instruye a las entidades del sector público estatal para dar publicidad a determinados contratos no sujetos a regulación armonizada, representa un buen paso a la hora de hacer frente al *impasse* producido por la falta de aprobación de la nueva LCSP. A través de él se instrumentan unas obligaciones mínimas de publicidad en relación a todos los contratos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 177 del TRLCSP, cuyo valor estimado sea igual o inferior a 200.000 si se trata de contratos de obras y 60.000 euros si se trata de otros contratos, sin perjuicio de la publicidad legalmente prevista para el resto de los contratos mencionados en dicho apartado 2 del artículo 177. Igualmente, quedan sujetos a las exigencias de publicidad del acuerdo los contratos a los que se refiere el artículo 191 del TRLCSP celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, cuando su cuantía, con exclusión del IVA o impuesto equivalente, sea superior a los 50.000 euros si se trata de contratos de obras o a los 18.000 euros en el resto de los contratos.

En el ámbito del sector público estatal, el acuerdo mitiga parte de los riesgos derivados del procedimiento negociado sin publicidad, aunque sigue sin cubrir al contrato menor. En cualquier caso, no pueden equipararse los efectos del acuerdo con los que producirá la efectiva entrada en vigor de la próxima LCSP. Si bien esta clase de decisiones pueden animar al optimismo, no ha de obviarse que la adopción del Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2016 está ligada a las advertencias realizadas por el Consejo en el marco de un procedimiento de déficit excesivo. Sin este estímulo, probablemente, no se hubiera llegado a adoptar el referido acuerdo. El resto de entes adjudicadores que no estén sujetos a presiones de este tipo, pueden verse tentados a seguir ignorando la llamada a controlar los procedimientos de contratación con baja publicidad.

(87) Recomendación 1/2016, de 20 de abril de 2016, de la JCCA de Aragón.

IV. EL NUEVO SISTEMA DE LICITACIÓN POR LOTES DENTRO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. El marco en el que se insertan las novedades de la Directiva 2014/24/UE

La irrupción de la Directiva 2014/24/UE y, en particular, de su artículo 46 quedan enmarcadas dentro de un contexto favorable a la promoción de la participación de las PYMES en la contratación pública, así como del empleo de ella como vehículo a través del cual lograr la realización de fines públicos. A pesar de que la última reforma efectuada por la cuarta generación de Directivas (88) ha traído consigo importantes innovaciones en relación al régimen previo (89) —el ya referido artículo 46 constituye un claro paradigma de estas novedades—, en esencia las bases sobre las que se asienta el procedimiento de adjudicación continúan siendo las mismas que las de la tercera generación.

En el aspecto técnico, más allá de la evolución y perfeccionamiento lógicos, fruto de la experiencia acumulada durante el periodo de aplicación de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, no hay una ruptura con la herencia anterior ni un punto de inflexión radical. En cambio, la concepción u orientación general de la contratación pública sí que ha experimentado una transformación de mayor calado (90). A modo de ejemplo, la división en lotes constituye un instrumento arraigado en el seno del Derecho de la contratación pública, independientemente del grado de utilización en la práctica. Dejando al margen las variaciones que se han ido produciendo en las reglas de cálculo, la figura de los lotes continúa configurada bajo perfiles similares a los que la venían definiendo. No obstante, sin haber cambiado la técnica en sí, la finalidad subyacente bajo ésta sí lo ha hecho.

Tomando de muestra el dictamen 69/06, de 28 de julio de 2006, de la Abogacía General del Estado, en él se identificaba como objetivo del fraccionamiento en lotes la diversificación del riesgo de incumplimiento por parte de los contratistas. Dicho dictamen no contiene ninguna alusión a la vinculación

(88) Sobre los motivos de la reforma J.M. GIMENO FELIÚ (2015: 40-45); J.M. GIMENO FELIÚ (2013: 39-47); J.A. MORENO MOLINA (2015a: 109-113); y M.M. RAZQUIN LIZARRAGA (2015: 97-135).

(89) J.M. CARBONERO GALLARDO (2014: 69-73). Carbonero Gallardo sintetiza en diez puntos las novedades del paquete de directivas: mejora de la transparencia en la contratación; mayor calidad de los contratos públicos; reducción de la carga burocrática; potenciar la contratación electrónica; mejor acceso de las PYME a los contratos públicos; mayor flexibilidad en el uso de la negociación; la creación de la figura de la asociación para la innovación; mayor colaboración entre los poderes adjudicadores; subcontratación; y el riesgo operacional y la publicidad comunitaria en relación a la adjudicación de concesiones. Con mayor extensión, J.A. MORENO MOLINA (2015b); y J.M. GIMENO FELIÚ (2014).

(90) G. BARRIO GARCÍA (2013:133); y J.M. GIMENO FELIÚ (2014: 31-33).

entre los lotes y el mejor acceso de las PYMES al mercado de la contratación pública. Tampoco la exposición de motivos de la LCSP anudaba de manera expresa los lotes con el apoyo de las PYMES en su inserción dentro de los procedimientos contractuales, a diferencia de la redactada para el proyecto de la nueva LCSP y del considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE.

El contraste entre el análisis de los lotes realizado por el dictamen 69/06 de la Abogacía General del Estado y la valoración que hacen de ellos la Directiva 2014/24/UE y el proyecto de la LCSP ilustra la trascendencia de la dimensión teleológica de la contratación y como su impacto puede llegar a trastocar previsiones normativas ya vigentes, sin necesidad de modificar el tenor literal de las mismas. Con todo, debe hacerse notar que no estamos ante un salto repentino y abrupto, más bien ante la culminación de un proceso iniciado con bastante anterioridad y que ha ido solidificándose gradualmente con el transcurso de los años.

Desde su origen en 1971, las Directivas reguladoras de la materia han enfocado la contratación pública como una herramienta disponible para el logro de objetivos ajenos a la satisfacción de las necesidades que determinan, en sentido estricto, el diseño del objeto contractual. En palabras de Moreno Molina, «los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, basados en reglas nacionales y comunitarias de naturaleza constitucional, prevalecen hoy de forma incuestionable sobre cualquier otra función de la normativa sobre contratación. Estos principios son en nuestros días el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, tanto preparatorias como ejecutorias» (91).

Inicialmente, este papel estratégico se restringía al desarrollo del mercado interior y de las libertades que lo definen (92); sin embargo, con el tiempo, sin renunciar a la primera meta planteada, fueron incorporándose otras aspiraciones adicionales, susceptibles de aprovecharse de los beneficios que ofrece el soporte de la contratación pública. De ese modo, la vertiente finalista de la contratación pública ha ido ampliando su alcance a otras áreas, como las correspondientes al medio ambiente, las políticas sociales, la innovación, o el apoyo al sector de las PYMES (si bien esta última está interrelacionada con todas las demás, incluidas la apertura del mercado interior y el fomento de la competencia competitiva). En ese sentido, cabe identificar dos fases en relación a estos objetivos: una primera donde se reconoce la virtualidad de la contrata-

(91) J.A. MORENO MOLINA (2015a:108-109). Véase, también A. HUERGO LORA (2005: 234).

(92) C. CHINCHILLA MARÍN (2011: 34-36); J.M. GIMENO FELIÚ (2006: 23-29); y E. MAÑEZ MARTÍNEZ (2015: 391-407).

ción pública para alcanzar o coadyuvar en el desarrollo de políticas públicas; y una segunda en la cual constatada la posibilidad, se alienta enérgicamente a emplear tal potencialidad de forma efectiva (93).

La Comunicación de la Comisión Europea, de 11 de marzo de 1998, encajaría con esa primera fase. En ella, la Comisión aprecia el efecto sinérgico que puede producirse entre la contratación pública y otras políticas comunitarias, e incluso parece afirmar la conveniencia de activarlo. No obstante, el tono predominante de la Comunicación es más expositivo que conminatorio. Pone en conocimiento a los poderes adjudicadores la existencia de las opciones disponibles conforme al marco comunitario del momento, pero deja a su arbitrio utilizarlas o no. Solamente en relación a las PYMES la comunicación adopta una postura algo más expeditiva, como se trasluce cuando sugiere la implantación de medidas concretas desde la que aumentar su participación en las licitación. Sin embargo, más que apoyar una política activa destinada al auxilio de las PYMES, la preocupación latente en la Comunicación estriba en el escaso número de proveedores que acuden a los procedimientos de adjudicación y, por ende, el bajo grado de eficacia que presentaba en ese momento la regulación armonizada de cara a modificar los viejos patrones.

Por su parte, las comunicaciones interpretativas de la Comisión fechadas en el año 2001, de 4 de julio y de 15 de octubre, que estudiaban las diversas líneas de acción para integrar cláusulas sociales y medioambientales en la contratación pública, de acuerdo con la legislación comunitaria vigente en aquel momento, continuaron en la línea, ahondado en lo que aparecía simplemente esbozado en la comunicación anterior. Una diferencia respecto a la Comunicación de 11 de marzo de 1998 radica en el mayor respaldo del que gozan en comparación con ésta. Así, la Comunicación de 7 de abril de 2001 conecta su contenido con la Propuesta de la Comisión sobre el Sexto programa de acción en materia de medio ambiente, correspondiente al periodo abarcado desde el año 2001 hasta el 2010. También es el caso de la Comunicación de 15 de octubre 2001, cuya introducción alude a la Agenda de política

(93) Apunta en esa dirección la Nota Informativa 2/2014, de 9 de mayo de 2014, de la Secretaría Técnica de la JCCA de Cataluña al decir que «de hecho, hay que entender que las previsiones en relación con los lotes introducidas en la Directiva 2014/24/UE no hacen sino confirmar la viabilidad jurídica y la conformidad a Derecho comunitario de las posibilidades que, en relación con la división del objeto de los contratos en lotes, ya se dan en la actualidad; de manera que las previsiones al respecto de la Directiva no implican nuevas posibilidades para los poderes adjudicadores, sino únicamente su mención explícita para «animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes» con la finalidad de aumentar la competencia y facilitar la participación de las PYME en la contratación pública». Lo esencial de la segunda fase no es tanto la incorporación de innovaciones, como el hecho de espolear a utilizar aquello de lo que ya se disponía.

social, adoptada con ocasión del Consejo de Niza de diciembre de 2000, y al Tratado de Ámsterdam de 1997.

Esta serie de documentos contribuyeron a reforzar favorablemente la visión estratégica de la contratación pública como vía aceptable en el desarrollo de políticas públicas concretas. De todos modos, ambas comunicaciones, las de 2001, seguían sin instar expresamente a su uso. Al igual que la Comunicación de 1998, a la cual completaban, la intención era ilustrar a los poderes adjudicadores de los Estados miembros acerca del amplio abanico de posibilidades accesibles y que fueran éstos quienes tomaran la decisión de servirse o no de tales mecanismos.

Circunscribiendo el foco de atención en torno al ámbito de las pequeñas y medianas empresas, la UE siempre ha mostrado interés por ellas en relación a la contratación pública. Así lo atestigua la reiteradamente citada Comunicación de la Comisión Europea, de 11 de marzo de 1998. En un sentido más amplio, no solo referido a la contratación pública, la declaración del año 1983 como «año europeo de la pequeña y mediana empresa» o el impulso del programa de acción para las pequeñas y medianas empresas presentado por la Comisión Europea y aprobado por el Consejo, en su resolución de 3 de noviembre de 1986, acreditan la persistente fijación de la UE por las PYMES en el marco de sus políticas.

Sin embargo, no es hasta la aprobación de la tercera generación de las Directivas pertenecientes al ramo cuando de verdad se adquiere una actitud más decidida a la hora de abordar esta cuestión dentro de la contratación pública. Aunque las PYME pudieran beneficiarse de otras disposiciones de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, la única mención directa a ellas se halla en el considerando 32, que animaba a establecer previsiones en materia de subcontratación favorables al acceso de las PYME dentro de las legislaciones nacionales. En contraposición, la Directiva 2014/24/UE hace especial énfasis en la situación en la que se encuentran las PYME dentro de los sistemas de contratación pública. De nuevo, la coyuntura del pasado y la del presente proyectan dos imágenes muy dispares entre sí. Justamente, la inquietud comunitaria por el tema crece de forma exponencial durante el intervalo que media entre la aprobación de la Directiva 2004/18/CE y su sucesora, la Directiva 2014/24/UE.

En el año 2008 surgieron varias iniciativas relevantes en el contexto de la ayuda a las PYME: la *Small Business. Act for Europe* (SBA) (94), inspirada en la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento europeo, al Con-

(94) En el año 2014, se abrió el plazo de consulta pública para la elaboración de nueva SBA. No estamos ante un episodio aislado en la historia de la Unión Europea sin visos de proseguir en el futuro.

sejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 25 de junio de 2008, denominada «Pensar primero a pequeña escala»; y el «Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYMES a los contratos públicos», aprobado el 25 de junio de 2008. Sin poseer carácter vinculante, el Código alentaba a superar los problemas derivados del tamaño de los contratos fomentando la división en lotes del objeto de los contratos, siempre que ello resultara posible. Esta invitación por parte de la Comisión a descomponer los contratos en lotes es una clara emanación del principio «pensar primero a pequeña escala». No pasa inadvertido que la sugerencia del Código ha acabado positivándose en el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE. En gran medida, la simiente de las últimas reformas comunitarias en todo aquello atinente a las PYMES se halla en estos dos proyectos.

A su vez, la Estrategia Europea 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010, ha sido otro de los grandes puntales en la redacción de las nuevas Directivas. La Estrategia Europea 2020 persigue de forma prioritaria un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, en otras palabras, el desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación; la promoción de una economía que haga un uso más eficaz de los recursos, que sea más verde y competitiva; y el fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial.

Lejos de representar dos factores aislados e inconexos, la Estrategia Europea 2020 y las medidas destinadas a apoyar a las PYME confluyen en numerosos puntos (95). En palabras de la Comisión Europea (96), las PYMES «son la espina dorsal de la economía europea, contribuyendo de manera significativa a la innovación, el crecimiento y la creación de empleo. En la UE unos 20,7 millones de PYME emplean al 67% de los trabajadores del sector privado. Un reciente estudio ha puesto de manifiesto que el 85% de la creación neta de puestos de trabajo en la UE entre 2002 y 2010 es atribuible a las PYME. Ello indica claramente su importancia para el crecimiento económico y creación de empleo en Europa». Resulta complicado imaginar cualquier transformación ambiciosa de la economía que no pase necesariamente por las pequeñas y medianas empresas a la vista de su enorme peso en ella.

(95) La Comunicación al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 23 de febrero de 2011, al realizar una visión de conjunto de los dos años de aplicación de la actual SBA, concluyó que seis de los siete iniciativas emblemáticas de la Estrategia Europea 2020 contribuyen favorablemente al logro de los fines de la SBA. Por esa razón, recomienda integrar la SBA en la Estrategia Europea 2020. De hecho, la Directiva 2014/24/UE constituye uno de esos puntos de encuentro entre la SBA y la Estrategia Europea 2020.

(96) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Normativa inteligente: responder a las necesidades de las pequeñas y medianas empresas», de 7 de marzo 2013.

Como es lógico, el Libro Verde sobre la Modernización de la Política de Contratación Pública de la Unión Europea, de 27 de enero de 2011, reflejó las tendencias emergentes en el momento y, a su vez, estas acabaron teniendo eco finalmente en el nuevo paquete de Directivas sobre contratación pública. La Directiva 2014/24/UE en su segundo considerando asimila los planteamientos esbozados por la Estrategia Europea 2020 y manifiesta su voluntad de desarrollarlos por medio de los resortes que pone a su disposición el sector de la contratación pública. Precisamente, la mayor accesibilidad de las PYME a los mercados de contratación pública figura entre los campos que han de actualizarse y renovarse a raíz de la implantación de la Estrategia Europea 2020, según el considerando 2 de la Directiva. Asimismo, el considerando 78 alienta a los poderes adjudicadores a utilizar el «Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYMES a los contratos públicos» y incorpora con carácter normativo parte de sus recomendaciones en el artículo 46. A éste hay que sumar el considerando 124 que destaca el potencial que poseen las PYME para la creación de empleo, el crecimiento y la innovación; aspecto que justifica las medidas de fomento promovidas.

En definitiva, éstos y otros considerandos dejan patente el contexto que ha rodeado la elaboración y aprobación de la Directiva 2014/24/UE, contexto del que cabe esperar una mayor profundización a lo largo de los años venideros. Con ella la UE entra de lleno en la segunda fase a la que aludíamos páginas atrás; la Directiva 2014/24/UE en vez de limitarse a exhibir un catálogo de posibilidades vinculadas a la vertiente finalista de la contratación pública, mantiene un tono marcadamente proactivo, llegando incluso a preceptuar imperativamente parte de lo que eran hasta ahora recomendaciones. Así, la división en lotes no es ya una fórmula voluntaria a disposición de los entes adjudicadores, sino la regla general de las licitaciones. De hecho, el apartado 4 del artículo 46 de la Directiva permite a los Estados miembros excluir completamente cualquier modalidad de adjudicación diferente a la de los lotes separados, sí así lo establecen en su legislación propia y bajo unas condiciones respetuosas con el Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea. Aunque la Directiva no llega a señalar ningún supuesto concreto, desplazando esa decisión a los Estados miembros, la sola existencia de esta facultad legislativa, capaz de anular la tradicional discrecionalidad de los entes adjudicadores en el diseño del objeto del contrato y las prestaciones que lo componen, corrobora sin lugar a dudas la firme apuesta que ha hecho la UE en aras de la Estrategia Europea 2020 y la ayuda a las PYME.

Por último, situados a nivel nacional, la trayectoria dibujada por las leyes 11 /2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, o el Real Decreto 962/2013, de 5

de diciembre, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de la Pequeña y la Mediana Empresa, respalda los cambios que pretende introducir el Proyecto de la nueva LCSP en materia de PYMES y constituye una pauta interpretativa conforme al artículo 3.1 del Cc (97).

2. La regulación de los lotes en la Directiva 2014/24/UE y el Proyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público

A lo largo de las presentes páginas hemos ido anticipando diversos aspectos de la Directiva 2014/24/UE y de la regulación general del Proyecto de la nueva LCSP, sin embargo, no dejaban de ser pinceladas dispersas. El objeto de este epígrafe queda dedicado de forma monográfica al examen de las innovaciones efectuadas por estas normas en el campo de los lotes. Empezando por el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, su apartado 1, al que ya hemos hecho referencia repetidamente, consagra una presunción *iuris tantum* en favor de la subdivisión en lotes de los contratos. Con ello se ha interiorizado el principio «cumplir o explicar», sugerido desde el Parlamento Europeo a la Comisión (98), que se traduce en la obligación de respetar la pauta marcada con carácter preferente en la normativa o en caso contrario explicar porque no se ha seguido.

Igualmente, el artículo 46.1 es trasunto de la primera orientación con la que se abre «el Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos». Hay que aclarar que este primer apartado no posee un sesgo proteccionista, pues la división en lotes no proporciona por sí misma ninguna ventaja competitiva favorable a las pequeñas y medianas empresas en detrimento de las grandes. Si la oferta presentada por un operador económico de escala superior se reputa como la más ventajosa económicamente, ésta seguirá alzándose con la adjudicación del lote, sin que exista óbice alguno que lo impida. Descomponer en lotes los contratos no entraña la creación de un espacio reservado enteramente a la pequeña y mediana empresa, simplemente les da cabida en procedimientos que de licitarse de manera conjunta, no serían capaces de abarcar, al sobrepasar los medios o el grado de especialización que poseen por razón

(97) El informe 12/15, de 6 de abril de 2016 de la JCCA reinterpreta el criterio que había mantenido previamente la Junta en relación al artículo 86.3 del TRLCSP, apelando al nuevo contexto normativo surgido tras las diferentes iniciativas nacionales y europeas realizadas en pos de un mayor soporte institucional hacia el emprendimiento y, por ende, a las PYME. Parece una postura sensata desde una visión integradora del ordenamiento jurídico, que no considere cada norma como una isla perdida en el vasto océano.

(98) Véase, la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública, del Parlamento Europeo.

de su tamaño. La aproximación de los contratos públicos al ámbito de la pequeña y mediana empresa desde el plano cuantitativo y cualitativo no acarrea especiales inconvenientes a los entes adjudicadores por regla general y, en contraposición, redundan en una mayor concurrencia competitiva que, a su vez, dota de opciones adicionales plenamente operativas a la hora de seleccionar la mejor oferta. Unas opciones que en condiciones ordinarias, bajo el sistema integral, no hubieran podido ser evaluadas por no disponer de ellas al no haber sido siquiera presentadas.

En el hipotético caso de que la competencia se viera restringida a causa del fraccionamiento en lotes; o que la división convirtiera la realización en algo muy complejo u oneroso; o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes supusiera el riesgo de socavar la adecuada ejecución del contrato, el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 46 permite apartarse de la regla general en supuestos como éstos, siempre y cuando se expresen de manera motivada en los pliegos de la contratación o en el informe específico del artículo 84 de la Directiva. A través de esta previsión los poderes adjudicadores cuentan con la suficiente flexibilidad para apartarse de la licitación por lotes, no imponiendo una solución que podía ser muy gravosa para los intereses públicos en juego, pero lo suficientemente constreñida para que no se infrutilice el sistema de lotes. El requisito de motivación debe satisfacer de forma real y no meramente nominal.

El artículo 99 del texto inicial del anteproyecto de la LCSP se apartaba formalmente del tenor literal del artículo 46.1 de la Directiva 2014/24/UE por un pequeño, aunque relevante, matiz. El encabezamiento del apartado 4 del artículo 99 empezaba así: «cuando el órgano de contratación decida motivadamente proceder a la división en lotes del objeto del contrato». El empleo de la palabra «motivadamente» constituía una particularidad de la adaptación española. El artículo 46.1 de la Directiva únicamente habla de justificar la no división, pero no al contrario. No obstante, la discordancia no era tan profunda como transmite una lectura superficial. El considerando 78 de la Directiva dice que «el poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial». Por lo tanto, independientemente de si se mantiene la integridad del contrato o se subdivide en lotes, los poderes adjudicadores nunca están dispensados de desarrollar un análisis prospectivo que permita esclarecer de forma ajustada al caso concreto la conveniencia de adoptar un modelo u otro en la licitación. Aunque el artículo 46.1 no señale explícitamente la necesidad de efectuar este juicio cuando se divida en lotes, ello no exonera a los poderes adjudicadores de recabar información y datos concretos acerca de cada una de las opciones.

El concepto de Estado de Derecho implica que el único poder legítimo en su ejercicio específico es aquel que se presente como resultado de una voluntad racional, el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas. Con contundencia, García de Enterría afirmó que «el simple porque sí queda formal y solemnemente erradicado en nuestro sistema jurídico político» (99). De ese modo, de la configuración del Estado como un Estado de Derecho dimana una obligación inexcusable de aportar razones justificativas de todas y cada una de las decisiones de los poderes públicos, cobrando mayor intensidad esta exigencia en relación a los actos discrecionales. Visto desde ese punto de vista, la motivación es un aspecto consustancial a toda actuación del sector público y decantarse por seguir la regla general también demanda una mínima reflexión. Con todo, la decisión de eliminar la palabra «motivadamente» del enunciado del artículo 99.4, adoptada en la redacción del Proyecto de la LCSP resulta más acertada. La anterior redacción podía generar una falsa sensación de equiparación entre el tradicional sistema integral y la división en lotes, pese a que la cuarta generación de Directivas claramente apuesta de forma prioritaria por los lotes, en consonancia con sus objetivos propios (100). De conformidad con el artículo 46.1, la exigencia formal y cualificada de motivación solo cabe predicarse de la unidad del contrato y lo lógico es que la nueva Ley de Contratos del Sector Público sea consecuente con lo establecido a nivel comunitario.

Otra diferencia del Proyecto respecto a la Directiva se encuentra en su artículo 99.3. Como hemos dicho, el artículo 46.1 de la Directiva 2014/24/UE en su segundo párrafo faculta a los poderes adjudicadores para mantener la unidad del contrato mientras expongan las razones de esa determinación, sin llegar a indicar en el articulado algún ejemplo de las razones consideradas válidas a efectos del artículo. En cambio, el apartado 3 del artículo 99 del Proyecto individualiza, *numerus apertus*, varios supuestos aceptados como válidos por la norma: el hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la división en lotes del objeto del contrato conllevara el riesgo de restringir la competencia; el hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultaran la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista

(99) E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2011a: 504).

(100) Varias federaciones y organizaciones empresariales (la Federación Española de Hostelería, las Asociaciones, Federaciones y Empresas de Limpieza Nacionales, la Asociación Nacional de Empresas de Control de Plagas, la Federación Empresarial Española de Seguridad y la Confederación Nacional de Asociaciones de Instaladores y Fluidos) manifestaron una opinión muy crítica en relación con el artículo 99 del Anteproyecto. Desde su punto de vista, la conjunción de los apartados 4 y 5 del precepto tienden a favorecer a los grandes operadores en perjuicio de las PYMES, provocando, de facto, el mantenimiento de la situación precedente por la que unas pocas empresas tienden a concentrar las adjudicaciones.

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. Empero, realmente no puede decirse que el legislador español sea muy original; el artículo 99.3 se limita a transponer en cuanto a los motivos el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE.

Hay un aspecto del artículo 99.3 donde se aparta de la regulación de las Directivas. Al recoger el apartado 3 la obligación de justificación de la no división del contrato, se exonera de la misma a los contratos de concesión de obra o servicios. Esta previsión no figura en el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, que no hace distinción entre modalidades del contrato. Por su parte, la Directiva 2014/23/UE cuando aborda el fenómeno de la división en lotes lo hace con naturalidad, sin establecer ninguna salvedad particular para los contratos de concesión. Parece que el proyecto de la nueva LCSP ha considerado que la especialidad de los contratos de concesión dificulta su división, pero ello no es razón suficiente para establecer una dispensa general en cuanto a la motivación. El artículo 99.3 ya hace referencia como un motivo válido para oponerse al fraccionamiento del contrato «el hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultaran 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 diferente». Por consiguiente, los problemas que puedan derivar de las singularidades de los contratos de concesión deberían poder encauzarse a través de esta previsión, pero motivando ad hoc que concurre esa razón y no dándola por supuesto de antemano en la Ley.

Al margen de las salvedades subrayadas, el artículo 99 reproduce en su seno el contenido del artículo 46.1. Pasando a examinar los siguientes apartados del artículo 46 de la Directiva, el segundo de ellos regula el eventual establecimiento de limitaciones al número máximo de lotes para los que puede presentar ofertas un licitador y al número máximo de lotes de los que puede resultar adjudicatario un solo licitador. La determinación de estas restricciones a las ofertas o adjudicaciones han de precisarse en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés. Los poderes adjudicadores indicarán en los pliegos de la contratación los criterios o normas objetivas y no discriminatorias que se proponen aplicar para determinar que 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.

En este punto, el Proyecto sigue con fidelidad la pauta de la Directiva. El artículo 99.4 autoriza a limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta o a limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador, previa justificación en el expediente. Cuando el órgano de contratación considere oportuno introducir alguna de las estas limitaciones, así deberá indicarlo expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Cuando se introduzca la limitación relativa al número máximo de lotes posibles a adjudicar en favor de un mismo licitador, además, deberán incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios o normas que se aplicarán cuando, como consecuencia de la aplicación de los criterios de adjudicación, un licitador pueda resultar adjudicatario de un número de lotes que exceda el máximo indicado en el anuncio y en el pliego. Estos criterios o normas en todo caso deberán ser objetivos y no discriminatorios.

No es la primera vez que el Derecho de la Unión Europea contempla esta clase de prerrogativas asociadas a los poderes adjudicadores. Aun cuando la Directiva 2004/18/UE no hacía un reconocimiento directo de esta facultad, resultaba posible inferirla indirectamente del Anexo VII A de la Directiva 2004/18/UE (101), así como su conformidad respecto a la normativa comunitaria. Entre los contenidos que debían de formar parte del anuncio de licitación según dicho anexo, se incluyó la determinación del número de lotes por los que podían licitar los operadores económicos, cuando el contrato estuviera dividido en lotes. Eso sí, el paraguas proporcionado por la generación anterior de Directivas solamente cubría la restricción en relación a las ofertas, no así la de las adjudicaciones (102); ese último aspecto sí constituye una genuina incorporación de la Directiva 2014/24/UE.

(101) La obligación de indicar en el anuncio de licitación la posibilidad de licitar por uno, varios o todos los lotes ha sido una constante en las Directivas sobre contratación pública. Puede comprobarse esta afirmación revisando los siguientes anexos: el Anexo IV de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993; Anexo IV de la Directiva 97/52/CE del Parlamento y del Consejo, de 13 de octubre de 1997; Anexo XII de la Directiva 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998; y Anexo XIII de la Directiva 2004/17/CE.

(102) A mayor abundamiento, el «Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYMES a los contratos públicos» advertía a los poderes adjudicadores que, aun estando autorizados a acotar el número de lotes por los que los licitadores pueden presentar ofertas, no debían hacer uso de esa facultad de manera que alterara las condiciones de competencia leal. Que la orientación no aborde al mismo tiempo las restricciones a las adjudicaciones, siendo los riesgos para la competencia los mismos, únicamente puede explicarse partiendo de la ausencia de amparo normativo en la Directiva 2004/18/UE para el ejercicio de esa prerrogativa.

Lo cierto es que tampoco para el Derecho español representan algo inédito estas previsiones. Los apartados 5.a, 6.a (103) y 7.a del artículo 67 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP) (104), especifican que la posibilidad de licitar, en su caso, por la totalidad del objeto del contrato o por los lotes que se establezcan es un dato que ha de incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de suministros y servicios. A la lectura de estos preceptos hay que añadir la del Dictamen 69/06, de 28 de julio de 2006, de la Abogacía General del Estado, especialmente aclaratorio al hilo de esta cuestión. Ante las desavenencias interpretativas manifestadas entre quienes concebían a los apartados 5.a, 6.a y 7.a del artículo 67 del Real Decreto 1098/2001 como una facultad de elección en favor de los contratistas, y aquellos que los veían, por contra, como una facultad de decisión atribuida a la parte contratante, el Dictamen se decantó por la segunda corriente basándose en cuatro argumentos: la literalidad del precepto; su coherencia con al finalidad a la que responde la segmentación en lotes; las premisas sobre las que asienta la técnica de la división; y su mayor coincidencia con el modelo de anuncio de licitación y adjudicación de contratos para la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), que marcaba el Anexo VIII del RGCAP.

Al igual que la Directiva 2004/18/CE, la norma española desde su dicción literal sólo aprueba los límites a la presentación de ofertas. Citando al Dictamen 69/06, «a diferencia de lo que ocurre con el supuesto anterior (establecimiento de limitaciones a la posibilidad de licitar), el establecimiento de limitaciones a la posible adjudicación de varios lotes a un mismo empresario no cuenta con ninguna previsión normativa que lo ampare. Ni el TRLCAP (actualmente el TRLCSP) ni en el RGCAP se contiene precepto alguno que pueda justificar la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de requisitos o condiciones que impidan adjudicar a un mismo contratista varios lotes de un mismo contrato» y «ello por cuanto que, así como las limitaciones a la posibilidad de licitar a todos los lotes operan con objetividad en la fase inicial del procedimiento de contratación (...), el establecimiento de requisitos o condiciones que impidan a los empresarios admitidos a la licitación resultar adjudicatarios de más de un lote implicaría desechar proposiciones válidamente presentadas y admitidas a la licitación sobre la base de criterios que no cuentan con ningún apoyo normativo».

(103) Téngase en cuenta que éste fue derogado por el Real Decreto 773/2015, por el que se modifica el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

(104) Exactamente, la primera disposición normativa española que esbozó esta posibilidad fue el artículo 244.8 del derogado Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.

Aun aprobada la Directiva 2014/24/UE, el TACRC continuó rechazando las cláusulas que imponen un número máximo de lotes susceptibles de ser adjudicados a un mismo contratista. En ese sentido, las resoluciones 803/2014, de 31 de octubre de 2014, y 394/2015, de 24 de abril de 2015, ratificaron el criterio mantenido por la Abogacía General en el Dictamen 69/06 y partiendo desde él fundaron su rechazo, al considerar que el efecto interpretativo de las nuevas Directivas no era suficiente para ampliar el alcance por encima de las limitaciones fijadas por la Directiva 2004/18/CE y el artículo 67 del Real Decreto 1089/2001 (105). Una vez expirado el plazo de transposición, lo más lógico es que la postura del TACRC varíe en futuras resoluciones. Con todo, en vinculación a los acuerdos marco sí ha llegado a defenderse la admisibilidad de restricciones a la adjudicación, por lo cual no estamos ante una técnica totalmente desconocida por el ordenamiento jurídico pasado.

El enunciado del apartado 3 del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE podría resumirse en dos palabras: oferta integradora. Los Estados miembros podrán disponer que, en caso de que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador, los poderes adjudicatarios estén facultados para adjudicar contratos que combinen varios lotes o todos los lotes cuando dichos poderes hayan especificado, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, que se reservan dicha posibilidad, y hayan indicado los lotes o grupos de lotes que puedan combinarse.

En puridad, un apartado como éste requeriría de un acto de transposición expreso, al faltar en él la nota de incondicionalidad a la que se supedita el despliegue del efecto directo de las Directivas (106). Sin embargo, la oferta integradora es un mecanismo de amplio uso en la práctica española, de modo que ya es compatible con el vigente marco jurídico y, en principio, no sería imprescindible uno nuevo para hacer uso de esta técnica en los términos del artículo 46.3 de la Directiva (107).

Cabe definir la oferta integradora «como aquella que permite presentar una proposición simultánea a varios o a todos los lotes licitados, según se

(105) En sentido contrario, los informes 19/2014, de 17 de diciembre, y 1/2016, de 6 de abril, de la JCCA de Cataluña sostuvieron que estas previsiones eran plenamente aplicables incluso antes de haber finalizado el plazo de transposición de la Directiva. Donde no distinguen los informes, no cabe distinguir, ergo, para la JCCA de Cataluña ya era posible acotar un número máximo de lotes susceptibles de ser adjudicados al mismo licitador.

(106) Véase, el informe 17/2015, de 3 de diciembre de 2015, de la JCCA de Aragón.

(107) El documento de trabajo sobre los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público, presentado y aprobado el 1 de marzo de 2016, por los diversos tribunales administrativos de contratación pública de España, abona esta tesis. Uno de los ejemplos que exponen es el artículo 5 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicaciones

establezca en el pliego, de modo que se permita seleccionar la mejor oferta (individualmente o integrada), incorporando un elemento de comparación real y objetivo» (108). De cara a conseguir ese efecto comparativo, la posibilidad de plantear una oferta integradora ha de conllevar correlativamente para el licitador la obligación de presentar una oferta individualizada a cada uno de los lotes que componen aquella. De ese modo, el contrato se adjudicará a la oferta del licitador que, respecto al conjunto de la totalidad de los lotes integrados, resulte ser la más ventajosa; o, en cambio, se adjudicará por lotes individualizados, al representar la suma de todos ellos un resultado más beneficioso en los términos previstos en el pliego. En cierto sentido, la admisión de la oferta integradora hibridiza el procedimiento de contratación al conjugar la división en lotes y el sistema integral, representado por la oferta integradora, en la búsqueda de la oferta económicamente más ventajosa.

En palabras de la JCCA de Aragón, el concepto de «oferta integradora», aunque no encaja exactamente con el de variante (109) —al no conllevar una solución técnica alternativa—, ni con el de mejora —pues no incorpora prestaciones adicionales a una oferta base— tiene mucho en común con estos mecanismos que permiten la presentación de proposiciones simultáneas. Se trata, en suma, de una reformulación de la proposición económica, que posibilita la revalorización de la oferta aplicando los criterios de valoración que se establezcan, criterios que deberán ser los mismos que se apliquen a las ofertas individualmente consideradas, de modo que puedan ser objetivamente comparadas. Igual que las variantes y las mejoras, la oferta integradora también constituye una excepción a la prohibición general del artículo 145.3 del TRLCSP, que se opone a la presentación simultánea de varias ofertas por una mismo licitador. La «oferta integradora» debe tener en nuestro sistema una consideración jurídica similar a la de las variantes o mejoras, por lo que aunque no esté dotada de desarrollo reglamentario general, puede ser directamente contemplada en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de contratos cualquier tipología —independientemente de si se tratan de servicios de telecomunicaciones o no— en los términos del artículo 147 TRLCSP, precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

En lo que respecta a los presupuestos habilitadores de la oferta integradora, la JCCA de Aragón reputa básicos: la autorización expresa para su

(108) El informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la JCCA de Aragón realiza una descripción y un estudio muy detallados de la figura de la oferta integradora. Este informe ha servido de modelo para otras instancias, como denota la resolución 291/2015, de 30 de marzo de 2015, del TACRC. Por ese motivo, las ulteriores consideraciones sobre la oferta integradora se extraerán primordialmente de esta fuente.

(109) Prueba de esta ambigua naturaleza es el informe 155/2013, de 18 de abril de 2013, del TACRC, que dio a la oferta integradora el tratamiento de variante.

presentación por el órgano de contratación, previa justificación en el expediente de la idoneidad y ventajas que para el interés público reporta su incorporación; la previsión explícita en el pliego y en los anuncios, detallando con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación; la utilización varios criterios de adjudicación, al ser éste un requisito exigido por el artículo 147 TRLCSP para la presentación de variantes o mejora; todos los requisitos técnicos exigidos en los pliegos para cada lote serán de obligado cumplimiento por las ofertas integradoras; el carácter potestativo de su presentación para los licitadores, pues, en caso contrario, quebraría el propio principio de defensa de la competencia que quiere preservarse mediante la división en lotes del objeto del contrato; por el mismo motivo, todo licitador que desee presentar una «oferta integradora», deberá necesariamente presentar una oferta individual válida a cada uno de los lotes que integren aquella; cada licitador solo podrá presentar una «oferta integradora» en función de los lotes autorizados a ser integrados (no puede existir simultaneidad de «ofertas integradoras» referidas a los mismos lotes); la identidad de los criterios de adjudicación que se apliquen para valorar los lotes individualmente considerados y los lotes integrados en la oferta conjunta, y la identificación en el pliego sobre qué criterios se permite la presentación de una «oferta integradora»; el pliego deberá contener la ponderación asignada a cada lote según su importancia relativa, de modo que se posibilite la comparación objetiva; y por último, para que el contrato se adjudique a una «oferta integradora», ha de garantizarse en la valoración que es más ventajosa (según los criterios de adjudicación que se apliquen) que la suma ponderada de las mejores ofertas individualmente consideradas y, en todo caso, es requisito indispensable que iguale o mejore individualmente la puntuación obtenida en cada uno de los lotes integrados a la obtenida por la oferta individual presentada por el mismo licitador.

La regulación del artículo 99.5 del Proyecto de la LCSP hereda nítidamente el grueso de esta doctrina. Si en algún extremo el Proyecto llega a desmarcarse de lo expuesto en el informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la JCCA de Aragón, es más por falta de detalle en la redacción que por la existencia real de una voluntad tendente a diseñar nuevas reglas. Todas las letras del artículo 99.5, de la A) a la D), aparecen en el informe 11/2013, pero a la inversa no sucede lo mismo, no todo el contenido del informe figura en el precepto.

Resultaría aconsejable para la redacción definitiva colmar algunas de esas omisiones. Por ejemplo, la necesidad de justificar la idoneidad y ventajas de la admisión de la oferta integradora de acuerdo al interés público. Siendo que la división en lotes se ha impuesto como regla general en la contratación, no parece lo más adecuado aceptar de plano una fórmula, la oferta integradora, que deshace en parte o en todo, según el caso, los efectos del fraccionamiento, al abrir la puerta a la unidad del contrato. Con una modificación de este tipo se mitigarían las objeciones lanzadas desde varias federaciones y organizaciones

empresariales (110). Otros aspectos de la oferta integradora, tales como los criterios de adjudicación o los requisitos técnicos, están mejor perfilados en el informe y resultaría conveniente pulir su redacción un poco más.

Finalmente, el artículo 46.4 de la Directiva 2014/24/UE da carta blanca a la creación por el legislador nacional de verdaderas presunciones *iure et iure* en favor de la división del contrato. Como ya hicimos referencia, el Proyecto no contiene ninguna cláusula que haga aprovechamiento de la opción del artículo 46.4. Con vistas al futuro, la praxis que se desarrolle a partir de ahora puede ser una guía útil para establecer más adelante algún supuesto imperativo de descomposición en lotes, en función de las fortalezas y debilidades que hayan podido detectarse durante la experiencia práctica.

3. El efecto interpretativo y el efecto directo de la Directiva 2014/24/UE

El 16 de abril de 2016 se cumplió la fecha fijada por las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE para su transposición al ordenamiento jurídico español, sin haber concluido a tiempo la pertinente adaptación. La ausencia de mayorías consolidadas en el Congreso de los Diputados hace presagiar que esta etapa de interinidad va a dilatarse, al menos, durante unos cuantos meses, posiblemente bastante más tiempo. Por consiguiente, clarificar el alcance que poseen el efecto interpretativo y el efecto directo en la Directiva 2014/24/UE resulta crucial para el devenir inmediato de la contratación del sector público español, mientras no concluya el iter legislativo del Proyecto de Ley.

La eficacia plena de las Directivas está supeditada a la incorporación de su contenido al Derecho nacional. Empero, desde su entrada en vigor ya poseen cierta fuerza jurídica a través de el efecto interpretativo (111), por más que su grado de influencia diste del que desplegaran una vez transpuestas. Son dos los límites que condicionan la potencia de este efecto: el debido respeto a los principios generales del derecho, en especial la seguridad jurídica y la irretroactividad, y la ausencia de normas en la materia que permitan alcanzar el resultado perseguido desde la Directiva. La sentencia de 10 de noviembre

(110) Entre ellas, la Federación Española de Hostelería, las Asociaciones, Federaciones y Empresas de Limpieza Nacionales, la Asociación Nacional de Empresas de Control de Plagas, la Federación Empresarial Española de Seguridad y la Confederación Nacional de Asociaciones de Instaladores y Fluidos.

(111) D. J. LIÑÁN NOGUERAS (2011: 382-385); R. ALONSO GARCÍA (2010: 238-252); y L. MILLÁN MORO (1991: 862-872). También son de interés los informes 7/2015, de 12 de mayo de 2015, 16/2015, de 4 de noviembre de 2015, y 17/2015, de 3 de diciembre de 2015, de la JCCA de Aragón.

de 2005, asunto C316/04, del TJUE se pronunció claramente en el sentido de permitir que los ordenamientos nacionales continúen rigiendo durante el periodo de transposición de las Directivas, aun cuando éstos no sean conformes con las mismas. Una interpretación *contra legem* sobrepasaría el campo de la hermenéusis, pasando a invadir y suplantar el Derecho nacional vigente por los preceptos de la Directiva. A modo de corolario, sólo resulta factible la interpretación conforme a la Directiva si la base jurídica ya existente da pie a ello.

A lo largo de los más de tres años transcurridos desde la entrada en vigor de la Directiva 2014/24/UE, el efecto interpretativo ha jugado un papel notablemente relevante a nivel de juntas consultivas, tribunales administrativos de contratos y tribunales de justicia. Destaca el informe 12/15, de 6 de abril de 2016, de la JCCA donde se declara la necesidad de revisar el criterio mantenido con anterioridad, en aras de acomodarlo mejor al nuevo contexto normativo propiciado por la irrupción de la Directiva. Otro caso semejante es el de la sentencia 624/2014, de 29 de octubre de 2014, del TSJM, cuya fundamentación dimana en buena parte del prisma que ofrecen las nuevas reglas armonizadas sobre lotes. Igualmente, el acuerdo 60/2015, de 15 de mayo de 2015, del TACPA aconsejó la división del objeto de un contrato en lotes, reputando dicha división como una buena práctica en aplicación del marco normativo vigentes, al entender que la Directiva 2014/24/UE ya se halla en vigor, aunque no transpuesta, y que ésta establece la regla general de licitar por lotes.

A la luz de estos tres ejemplos, entre otros, la eficacia del efecto interpretativo en relación al artículo 46 y los considerandos 78 y 79 de la Directiva 2014/24/UE queda fuera de toda duda. No obstante, la virtualidad de este efecto comenzó a decaer hace un año. Aunque suponga precipitar algunas conclusiones, aquellas partes del artículo 46 que no son susceptibles de beneficiarse del efecto directo, tampoco podrían desarrollarse a partir del efecto interpretativo. En otros aspectos de la Directiva el efecto interpretativo seguirá desempeñando un rol notorio hasta la definitiva aprobación de las normas que la transpongan, pero en los lotes el margen es escaso o prácticamente nulo después del 18 de abril de 2016. Tras esa fecha, el efecto directo desplaza al efecto interpretativo en materia de lotes.

El efecto directo de las Directivas deriva de la primacía del Derecho de la Unión Europea frente al Derecho nacional (112). Fue la sentencia de 5 de

(112) La sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Flaminio Costa contra Enel, del TJUE consagró por primera vez el efecto de primacía del Derecho de la Unión Europea. Su alcance abarca tanto el Derecho primario como el Derecho derivado; cuando una disposición normativa nacional contravenga otra comunitaria, las autoridades del Estado miembro han de aplicar la comunitaria por encima de la nacional. De forma más minuciosa, R. ALONSO GARCÍA (2010: 253-268).

febrero de 1963, asunto *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963, la que sentó los cimientos sobre la que se ha edificado el desarrollo posterior. Introducida la noción en *Van Gend en Loos* son las sentencias 148/78, de 5 de abril de 1979, asunto *Ratti*, y la sentencia 8/81, de 19 de enero de 1982, asunto *Ursula Becker*, del TJUE las que ahondaron y sistematizaron la teoría general.

Las Directivas están, en principio, desprovistas de efecto directo mientras los Estados miembros cumplan puntual y correctamente las cargas impuestas por las propias Directivas. Si se ha satisfecho adecuadamente esta última condición, los derechos u obligaciones reconocidos en las Directiva serán exigibles conforme al Derecho nacional y no desde la Directiva. Como expuso la sentencia de 19 de enero de 1982, asunto *Ursula Becker*, «en todos los casos en que una directiva ha sido correctamente aplicada sus efectos alcanzan a los particulares a través de las medidas de aplicación adoptadas por el Estado miembro afectado». El TJUE conceptúa el efecto directo como una garantía mínima frente a una situación patológica anómala, provocada por el incumplimiento del mandato dirigido a los Estados miembros de ejecutar en plazo y correctamente la Directiva.

Por medio del efecto directo el incumplimiento no sana ni se ve corregido, representa tan sólo una barrera provisional hasta la efectiva ejecución por el Estado miembro afectado que acabe de manera rotunda con la anomalía (113). En definitiva, el efecto directo surge como un remedio para preservar, a su vez, el efecto útil y vinculante de las Directivas cuando los Estados miembros no han actuado con la diligencia debida en su transposición (114). El cariz sancionatorio que posee el efecto directo se colige del hecho de que únicamente abarque las relaciones verticales ascendentes entre particulares y Estado. Las horizontales de componente privado y las verticales quedan excluidas de su área de aplicación. Si repercute exclusivamente en el Estado miembro infractor es porque no hay más sujetos obligados por la Directiva, los demás quedarán sujetos a ella cuando adquiera trasunto en el ordenamiento jurídico nacional. El efecto directo pretende evitar que el Estado miembro que no ha adoptado, en los plazos previstos, las medidas de ejecución impuestas por una Directiva, no pueda oponer luego a los particulares la transgresión,

(113) Profundiza en esa vertiente la sentencia 270/81, de 15 de julio de 1982, asunto *FelicitasRickmers-Line KG & Co*;

(114) Para un mayor conocimiento de la naturaleza y rasgos del efecto directo de las Directivas pueden consultarse las siguientes referencias: D.J. LIÑÁN NOGUERAS (2011: 370-382); R. ALONSO GARCÍA (2010: 219-238); C. CHINCHILLA MARÍN (2011: 37-38); L. MILLÁN MORO (1991: 845-877); y L. MILLÁN MORO (1984: 445-474). Principalmente, éstas han sido las bases utilizadas para confeccionar el epígrafe en todo lo relativo al efecto directo.

en la que él mismo ha incurrido (115), de las exigencias provenientes de la Directiva (116).

Pensando en el supuesto concreto de los lotes, la inobservancia de la nueva regla general implantada con el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, perjudicaría a las PYME europeas. Aunque por la estructura de las PYME sea más habitual que circunscriban su actividad a un único Estado, y dentro del Estado solamente a una parte de él, algunas de ellas pueden estar interesadas en participar en procedimientos de adjudicación de otros países de la UE, dependiendo de factores como el sector al que pertenezcan, el tamaño de la empresa o su localización geográfica (pensemos en territorios limítrofes). Dicha participación se vería severamente obstaculizada de pervivir el modelo integral de contratación. De modo que las PYME de un estado infractor si podrían acudir a las licitaciones de estados cumplidores, pero no a la inversa.

Para que pueda activarse el efecto de directo de una Directiva es preciso que concurran una serie de presupuestos, de los que se dará explicación a continuación de forma somera (117). El primero de ellos, ya mencionado, exige que el Estado miembro haya incumplido su deber de transposición, bien porque no haya dictado en plazo la norma de transposición, o bien porque habiéndola dictado su contenido no respete el mandato de la Directiva.

El segundo de los requisitos radica en que el precepto de la Directiva contenga un mandato preciso, claro e incondicionado. La sentencia 236/92, de 23 de febrero de 1994, asunto *Difesa della cava*, esclarece un poco más la dimensión real de estas tres palabras. Así, por incondicional ha de entenderse «no sujeta a ningún condición, ni subordinada, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de ningún acto de las Instituciones de la Comunidad (actual UE) o de los Estados miembros». La notas de precisión y claridad equivale al establecimiento de la obligación en términos inequívocos.

Por su parte, el tercero exige que el precepto suponga el reconocimiento a los particulares de un derecho frente a los poderes públicos. Empero, hay que aclarar que desde la la sentencia de 19 de enero de 1982, asunto *Becker*, del TJUE la jurisprudencia entiende este requisito de forma muy generosa. Cualquier disposición, generadora o no de derechos subjetivos en sentido estricto, que el particular tenga interés en invocar frente a inejecuciones o ejecuciones defectuosas, es considerada apta de beneficiarse del efecto directo. Por esa razón,

(115) R. ALONSO GARCÍA (2010: 224). Alonso García vincula el carácter sancionatorio del efecto útil al juego de los principios generales del Derecho (*estoppel, nemo auditar suam turpitudinem allegans o non venire contra factum proprium*).

(116) La sentencia 91/92, de 14 de julio de 1994, asunto *Faccini Dori*, del TJUE declaró que un Estado no puede sacar ventajas de haber ignorado el Derecho comunitario.

(117) El informe 17/2015, de 3 de diciembre de 2015, de la JCCA de Aragón hace una buena síntesis de los mismos.

el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, sin reconocer ningún derecho subjetivo en favor de los particulares, es susceptible de generar consecuencias jurídicas a través del efecto directo. Superado el plazo de transposición, la aplicación del efecto directo gravita más en torno al cumplimiento de la segunda condición.

Por último, la técnica del efecto directo de las Directivas sólo debe emplearse en defecto de norma de incorporación correcta, que si existe, debe ser la que se aplique. Además, también es subsidiaria del principio de interpretación del Derecho nacional vigente, en el sentido favorable al efecto útil de las Directivas, de modo que solo cuando ésta operación no sea posible debe de acudir a la doctrina del efecto directo.

Hecho acopio de la teoría general, podemos confrontarla respecto al caso particular del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE. De momento, todos los informes publicados (118) coinciden al declarar que los apartados 1 y 2 del artículo 46 tienen efecto directo. Ambos son preceptos lo suficientemente claros y precisos y no están supeditados a ninguna condición. Con todo, la facultad de limitar las adjudicaciones podría ofrecer algunas dudas. Como hemos dicho, el Estado tiene que soportar la apelación por los particulares de sus derechos, a la vez que renunciar a exigir el cumplimiento de las obligaciones que pudiera establecer la disposición de efecto directo. Aun partiendo de una visión flexible del concepto de derecho a los efectos de aplicar, valga la redundancia, el efecto directo, el apartado 2 no parece encajar del todo. Realmente, no estamos ni ante un derecho ni un carga, variará en función de la relación subjetiva específica. Aquel contratista que habiendo presentado la oferta económicamente más ventajosa, deba renunciar a ella, por exceder el número máximo marcado en el anuncio de licitación, indudablemente esta soportando un perjuicio fruto de la nueva prerrogativa. Por contra, para los licitadores beneficiados por la mayor diversificación en el reparto de los lotes, en vez de concentrarlos en unos pocos contratistas, sí se trataría un derecho en el sentido dado por la sentencia de 19 de enero de 1982, asunto *Becker*, del TJUE. Más que ante un derecho, nos hallamos ante una cláusula neutra, situada en tierra de nadie.

No cabría argüir este mismo razonamiento en relación el apartado 1 del artículo 46 puesto que la división en lotes en todo caso puede beneficiar a las PYME, pero por sí misma no daña los intereses del resto de empresas. En

(118) Véanse, los informes 17/2015, de 3 de diciembre de 2015, de la JCCA de Aragón, 19/2014, de 17 de diciembre de 2014, y 1/2016, de 6 de abril de 2016, de la JCCA de Cataluña y el documento de trabajo sobre los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público, presentado y aprobado el de 1 de marzo de 2016, por los tribunales administrativos de contratación pública españoles.

relación a las PYME, la caracterización presentada por la conspicua sentencia *Becker* se cumple de forma indubitada.

Siempre podría ampararse el límite a las adjudicaciones desde la interpretación conforme a la Directiva, ya que no existe ninguna prohibición expresa en el TRLCSP o sus reglamentos de desarrollo; sin embargo, esa vía se encontraría con la oposición de varios precedentes del TACRC (119). Sea como fuere, no deja de ser ésta una disquisición meramente intelectual, pues en el terreno práctico, probablemente se impondrá sin vacilación la interpretación manifestada, que defiende el efecto directo completo del apartado 2, por las juntas consultivas y los tribunales administrativos de contratación pública.

En cuanto al apartado 3 del artículo, de nuevo se produce el consenso: no goza de efecto directo. El apartado 3 no está lo suficientemente delimitado y requiere del complemento del legislador nacional. Sin embargo, en el caso español la oferta integradora ya constituía una fórmula admitida y empleada con asiduidad. No hay ningún inconveniente en que se siga utilizando como hasta ahora, a la espera de que el Proyecto colmate y concrete su regulación.

En último lugar, indudablemente, el apartado 4 no puede acogerse al efecto directo ya que remite expresamente al legislador nacional para el desarrollo de su régimen jurídico y lo configura como una opción legislativa de carácter potestativo. De hecho, tanto los redactores del Anteproyecto como los del Proyecto decidieron no hacer uso del apartado.

Recapitulando, los tres primeros apartados del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, ya sea por el efecto directo o por ser figuras contempladas con anterioridad en el ordenamiento jurídico español, resultan aplicables en estos momentos. Aunque no se haya transpuesto formalmente el artículo 46 a nuestro Derecho, exceptuando el apartado 4, va a regir plenamente. Por lo tanto, no queda otra al sector público español que hacer frente a las novedades y aprovechar sus ventajas, que son muchas si se les sabe sacar provecho.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES ANTE EL NUEVO HORIZONTE CONTRACTUAL

Cada vez que se anuncia la llegada al Derecho de un gran cambio, al mismo tiempo, con la noticia surge la sombra de la incertidumbre. Desde la primera generación de Directivas en materia de contratación pública, el obje-

(119) Resoluciones 803/2014, de 31 de octubre de 2014, y 394/2015, de 24 de abril de 2015, del TACRC. En sentido opuesto, los informes 19/2014, de 17 de diciembre, y 1/2016, de 6 de abril, de la JCCA de Cataluña sostuvieron que estas previsiones eran plenamente aplicables incluso antes de haber finalizado el plazo de transposición de la Directiva.

tivo prioritario ha sido la supresión de las barreras formales y materiales que obstaculizan a los potenciales licitadores de los Estados miembros acudir con éxito a procedimientos convocados dentro de todo el territorio de la Unión Europea. Pese a la indudable contribución de las Directivas a la mejora de los mercados europeos de contratación pública, los beneficiarios de esos avances han sido eminentemente los licitadores nacionales. De acuerdo a los datos de los que dispone la Comisión, el 98% de los contratos adjudicados con arreglo a las pautas marcadas por las Directivas fueron a parar a licitadores del mismo país que impulsaba el procedimiento de contratación (aproximadamente un 96% del valor total) (120).

Calificar de estériles los esfuerzos de las Directivas por no haber alcanzado uno de sus grandes objetivos, quizás el principal, sería un error considerable. No deben desvalorizarse los logros conseguidos en las legislaciones nacionales gracias a su influjo. Parafraseando a Robert Schuman, el mercado interior de la contratación pública no se hará de una vez, se hará por medio de realizaciones concretas. Paso a paso hasta la luna se llega a conquistar. Cuando se mencionan esta clase de estadísticas no hay ninguna intención de alentar la desazón, el propósito subyacente bajo el recordatorio es simplemente preventivo. La experiencia de estos años nos ha enseñado a ser cautos; no resulta fácil eliminar inercias arraigadas profundamente durante décadas, a veces incluso siglos, en la práctica administrativa. Algunas transformaciones que prometían trastocar de arriba abajo nuestra forma de entender el Derecho, han acabado asemejándose al Gatopardo: todo debe cambiar para que nada cambie.

La cuarta generación de Directivas no está exenta de los riesgos que han atravesado sus predecesoras. En particular, el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, en conjunción con otros preceptos de la misma, plantea una de las modificaciones más ambiciosas hasta la fecha, incidiendo sobre patrones básicos de la contratación. Una aspiración tan elevada y tan rupturista con relación a las prácticas más frecuentes de la contratación pública, particularmente en el caso español, es muy probable que encuentre cierta resistencia a su paso. Los poderes adjudicadores que deberán dar alas al cambio legislativo para que alcance el vuelo, tal vez terminen siendo quienes se las corten.

A fin de cuentas, el artículo 46 se enfrenta con uno de los enemigos más poderosos de todo cambio normativo: la costumbre. El sector público español está habituado a un modelo de relaciones bilaterales entre el contratista y el ente adjudicador; por contra, la división en lotes obliga a seguir un enfoque

(120) Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: resumen de la evaluación de impacto que acompaña al documento Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación pública y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (SEC 2011, 1586 final, pág. 3).

multilateral. A la hora de supervisar la realización de una prestación hay más operadores y más puntos de interés a los que prestar atención. De este enfoque se colige, al menos en teoría, para el sector público una nueva forma de relacionarse e interactuar con los contratistas. Confeccionar el objeto de los lotes supone un desafío considerable cuando no se ha pensado en pequeño hasta ahora, o si cuando se ha hecho ha sido más con objeto de eludir requisitos de publicidad o procedimiento. Acomodados en las prácticas del sistema integral, basado en la unidad del contrato, crear nuevas rutinas de trabajo y superar al mismo tiempo las viejas querencias puede representar una tarea hercúlea.

Nos aguardan meses de ensayo y error hasta encontrar las fórmulas más óptimas. Dado que el artículo 46.1 de la Directiva consagra un principio de «cumplir o explicar» de cara al fraccionamiento en lotes, la duda estriba en si prevalecerá el cumplimiento o la explicación. Deseando que sea lo primero —por el momento las Administraciones Públicas muestran disposición de aplicar los cambios demandados por la Directiva—, no sería posible cerrar la investigación sin proponer antes varias orientaciones de corte práctico, que puedan servir de ayuda en el nuevo contexto en el que ya nos hallamos sumidos desde el 18 de abril de 2016.

Abrir la puertas a las PYME supone dar entrada al 99,8% del tejido empresarial español y europeo. A priori, la desagregación en lotes contribuye al fomento de la competencia al reducir las dimensiones de la contratación pública hasta un tamaño o grado de especialidad asequible para las PYME. Sin embargo, la ampliación de los objetos sobre los que licitar también incrementa las posibilidades de reparto entre las empresas. Una precaución imprescindible en el diseño de lotes es procurar que el número de lotes sea inferior al de los participantes que se presume que acudirán o pueden estar interesados (121). La economía como ciencia afronta el problema de la escasez. Ya que disponemos de bienes limitados, estamos obligados a sacarles el máximo aprovechamiento. Trasladada esta idea general al campo de los contratistas, la posibilidad de no obtener la adjudicación es lo que impulsa al licitador a perfeccionar su oferta de modo que pueda superar a la de los demás. Si tuviera garantizado al menos un lote, perdería parte de ese interés y el riesgo de colusión aumentaría en consonancia.

La pérdida de competencia puede verse agudizada en el caso de que se haga un mal uso de las prerrogativas para limitar el número máximo de ofertas a presentar o el número máximo de lotes a adjudicar. Incluso si el número de lotes coincidiera con el de los operadores interesados, siempre alguno de ellos

(121) En este sentido, la Guía sobre Contratación Pública y Competencia, publicada en el año 2010 por la entonces Comisión Nacional de la Competencia (hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

puede aspirar a obtener la adjudicación de todos. Ese acicate desaparece en el momento que sabe que como mucho podrá obtener un par de lotes y el resto habrán de adjudicarse a otros licitadores. Por eso es capital que la oferta de lotes sea siempre inferior a la demanda esperada. De lo contrario, nos exponemos a situaciones semejantes a las ocurridas en EE. UU. durante los años 90 en relación a la contrata de la leche para los colegios (122).

Aunque parezca irónico, en aras de preservar la competencia los lotes deben ser lo suficientemente pequeños para que puedan participar las PYME en condiciones aceptables, y a la vez han de tener un tamaño lo bastante grande para que no quepa reparto del mercado entre los licitadores. Cada sector exigiría la confección de una arquitectura diferente atendiendo a la concreta realidad del mercado, que ha de convertirse en un canon permanente a la hora de afrontar los retos derivados de la contratación pública. Si bien siempre fue aconsejable, ahora el sector público está obligado a conocer con más detalle las circunstancias del sector privado (123).

En cuanto a la posibilidad de motivar la no división en lotes, hay que descartar cualquier argumento basado en asertos genéricos sin comprobación real en el supuesto práctico. En el pasado se adujo con mucha facilidad el incremento de la eficacia, la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones, el aprovechamiento de la economía de escala y la optimización de la ejecución global del contrato como argumentos contrarios a la descomposición en lotes (124); empero, en demasiadas ocasiones no se llegaban a detallar las razones desde las que se había concluido que todos estos beneficios concurrirían en el caso concreto del que se tratara. En principio, la oposición al fraccionamiento por argumentos de corte económico, salvo que sean muy contundentes y evidentes, han de ser descartados y sustituirse por la implantación en los pliegos y el anuncio de licitación de la posibilidad de recurrir a la oferta integradora.

En palabras de la JCCA de Aragón, «la oferta integradora permite, a través de la presentación de proposiciones simultáneas, visionar ambos resultados y compararlos (suma de mejores ofertas individuales versus oferta integradora) y, a la vista de esa valoración, concluir si son mejores las ofertas individualmente

(122) PORTER, R. y DOUGLAS ZONA, J. (1999, pp. 263-288). El Departamento de Justicia de EE.UU. describió como «epidémico» el escenario. La constitución de un lote por colegio permitió que cada empresa tuviera su cuota garantizada, disuadiéndolos de competir entre sí.

(123) El informe PRO/CNMC/001/15 Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia, de 5 de febrero de 2015, detectó importantes deficiencias en relación a la aproximación de los órganos de contratación a la realidad mercada, producto de las escasas evaluaciones realizadas sobre el mismo.

(124) A este respecto, las resoluciones 247/2012, de 7 noviembre de 2012, 918/2014, de 12 de diciembre de 2014, o 927/2014, de 18 de diciembre de 2014, del TACRC.

consideradas o una de las ofertas integradas (125)». Admitiendo su uso se permite cotejar de manera efectiva cual de los dos modelos es mejor para el caso concreto y optar por él desde los principios de la oferta económicamente más ventajosa. Por consiguiente, el rechazo completo a los lotes debe fundarse esencialmente en consideraciones relativas a la ejecución y a la coordinación, no a lo económico, que siempre podrá comprobarse a través de la combinación de la oferta integradora con los lotes. Aun así, hay que tener cuidado y no emplear esta técnica ante la menor vacilación. Después de todo, el empleo excesivo de la oferta integradora vaciaría de sentido la nueva regla general del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, desvirtuándola.

Evidentemente, la división en lotes comporta una serie de dificultades organizativas ausentes en el modelo integral, lo cual no significa que no puedan salvarse con un poco de esfuerzo. En aquellos contratos que lo requieran por su naturaleza, conforme a las previsiones del artículo 118 del TRLCSP, puede establecerse en los pliegos y en el anuncio de licitación como condición especial de ejecución la necesaria coordinación entre los operadores económicos que finalmente resulten adjudicatarios de los diversos lotes.

Finalmente, acerca del tipo de lotes en los que se organicen las licitaciones de ahora en adelante, la casuística es prácticamente inagotable. En nuestro Derecho, la aplicación estos años de los acuerdos marcos ha dejado un acervo de experiencias que pueden constituir, *mutatis mutandi*, una primera guía desde la que empezar a trabajar, al haber sido bajo este marco donde se han utilizado con más asiduidad los lotes, por mucho que fuera dentro de otras dinámicas contractuales. Por desgracia, en esta tarea no podemos hacer acopio de la doctrina pasada, ya que se basaba en premisas diferentes y hoy las conclusiones no serían las mismas (126).

Al final no queda otra que seguir la máxima de la *Small Business Act*: pensar primero en pequeño. Una buena metodología podría ser buscar la mínima unidad funcional que cumpla todos los requisitos propios de un contrato (127) y desde ahí construir los lotes. Ello no significa necesariamente que el lote deba ser justo esa unidad funcional, pero es conveniente identificarla para saber hasta qué punto podría llegar a reducirse el tamaño y especialización de un lote sin perder su operatividad. Contar con esa base no constituye ningún óbice para diseñar con posterioridad lotes de mayor tamaño o especialización; siguiendo este sistema hallaremos las prestaciones que pueden realizarse de forma independiente, por lo que incluso facilitar la elaboración de lotes mayores al disponer de más información.

(125) Véase, el informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la JCCA de Aragón.

(126) En ese sentido, el informe 12/15, de 6 de abril de 2016, de la JCCA del Estado.

(127) AGUDO GONZÁLEZ, J., (2013, pp. 112 y ss.).

Ahondar en los posibles criterios para la división (gremios, especialización, calidades, fases de la ejecución en un proyecto, territorio, sedes, cuantía, etc) representaría una tarea casi inagotable. No obstante, independientemente del criterio seleccionado, el sector público siempre deberá otear antes en el sector privado para constatar cual es su estructura y distribución. La mejor forma de diseñar los lotes es subsumir la información del mercado dentro de las necesidades públicas, especialmente para evitar desajustes. En ocasiones, los requerimientos del sector público no van a tener un reflejo perfecto en el mercado y por ello no cabe limitarse a replicarlo de forma mimética, aunque tampoco pueda alejarse por entero. Como en tantas cosas la virtud aristotélica del punto medio es la respuesta. Asimismo, hacer un diseño lo suficientemente atractivo de todos los lotes, sin descompensarlos en exceso, es fundamental para que no queden desiertos una parte, mientras unos pocos concentran todas las ofertas.

Aunque durante los primeros años la división en lotes acarree algunos desafíos, los entes adjudicadores han de ser conscientes que el mayor atolladero va a ser esta primera etapa. Una vez superado el periodo adaptativo, los lotes pasarán a ser otra rutina más dentro de la praxis general, una rutina de la que pueden sacar mucho rendimiento si actúan juiciosamente, aunque no exenta de riesgos o dificultades. Sólo resta esperar para comprobar cuantos grados traza el recorrido: 180 o 360. Si estamos ante las puertas de una nueva lógica contractual o, por contra, de un gatopardo en el que todo cambie, sin que nada varíe realmente en el devenir futuro.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2015): «El precio en los contratos del sector público. Análisis sistemático. Parte I», en *Revista de estudios locales*, nº 176, pp. 44-81.
- (2013): «El fraccionamiento de los contratos: invalidez y fraude de ley», en *Número extraordinario de la revista de estudios locales*, pp. 147-181.
- BARCELONA LLOP, Javier (2002): «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, 1ª edición, Universidad de Cantabria, Santander.
- BLANCO LÓPEZ, Francisco (2012): «El procedimiento negociado de adjudicación de los contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de nueva regulación legal», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 116, pp. 30-43.
- (2011): «El procedimiento negociado de adjudicación de los contratos administrativos. La negociación como elemento esencial y configurador

- del procedimiento», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 111, pp. 34-41.
- BARRIO GARCÍA, Gonzalo (2013): «Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación pública», en PERNAS GARCÍA (Dir), *Contratación pública estratégica*, 1ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2013): «El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos», en PERNAS GARCÍA (Dir), *Contratación pública estratégica*, 1ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.
- CANDELA TALAVERO, José Enrique (2011): «El fraccionamiento del objeto de los contratos públicos y la fraudulenta utilización del contrato menor», *Auditoría Pública*, Nº 53, pp. 85-94.
- CARBONERO GALLARDO, José Miguel (2014): «Las nuevas Directivas europeas sobre contratación pública: claves para una primera lectura», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Nº 131, pp. 69-73.
- (2010): *La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual*, Editorial de la Universidad de Granada, Garanda.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (2013): «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre contratos públicos (I)», en SÁNCHEZ MORÓN (Dir.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y su Estados Miembros*, Lex Nova, Universidad de Alcalá, Valladolid.
- COLÁS TENAS, Jesús (2013): «El procedimiento negociado y el dialogo competitivo», en *Seminario contratación pública innovadora*, Castellón.
- CONTRERAS, Pedro de Pablo (2011): «Requisitos del contrato», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE (Coord), *Curso de Derecho civil (II) Derecho de obligaciones*, 3ª edición, Colex, Madrid.
- DÍEZ SASTRE, Silvia (2012): *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, 1ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, José (2013): «Contratación administrativa y libre competencia», en *Revista española de Derecho administrativo*, nº 158, pp. 89-126.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2014): «Aplicación de medidas de gestión medioambiental como requisito de acreditación de la solvencia técnica», en *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 134, pp. 52-58.
- (2008): «Necesidad e idoneidad de los contratos celebrados por el sector público», en *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 81, p. 62.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel (2009): El contrato menor, en Bermejo Vera (Dir) y Bernal Blay (Coord), *Diccionario de contratación pública*, 1ª edición, lustel, Madrid.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2011a): *Curso de Derecho administrativo I*, 15ª edición, Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- (2011b): *Curso de Derecho administrativo II*, 12ª edición, Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- GIMENO FELIÚ, José María (2016): «La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad», en Villoria Mendieta, Gimeno Feliú, Tejedor Bielsa (Directores), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, .
- (2015) «Reflexiones y Propuestas en Torno a la Nueva Normativa Comunitaria sobre Contratación Pública», en *Revista Derecho y Sociedad*, N°44 pp. 39-54.
- (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, 1ª edición, Aranzadi, Cizur Menor.
- (2013): «Compra pública estratégica», en PERNAS GARCÍA (Dir), *Contratación pública estratégica*, 1ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.
- (2013): «Las nuevas Directivas-cuarta generación-en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», en *Revista española de Derecho administrativo*, N°159, pp. 39-106.
- (2010): «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 9, pp. 50-55.
- (2008): «Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contrato del Sector Público», en esta REVISTA, n° 32, Monográfico X, pp. 13-48.
- (2006): *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, 1ª edición, Civitas, Madrid.
- GRAJAL CABALLERO, Inmaculada (2009): «Análisis de diversos aspectos de la figura del contrato menor en las Entidades Locales a la luz de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, N° 20, pp. 2955-2978.
- HUERGO LORA, Antonio (2005): «El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario», en *Revista española de Derecho administrativo*, n° 126, pp. 217-246.
- LAGO NÚÑEZ, Guillermo (2008): «La negociación como procedimiento contractual», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n° 10, pp. 1772-1784.
- LIÑÁN NOGUERAS, Diego Javier (2011): *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, Tecnos, Madrid.

- MAÑEZ MARTÍNEZ, Eva (2015): «La defensa de la competencia en los procesos de contratación pública: hacía una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2014*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (2011): «Contenido y eficacia del contrato», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE (Coord.), *Curso de Derecho civil (III) Derecho de obligaciones*, 3ª edición, Colex, Madrid.
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa (2013): «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», en *Diario la Ley*, nº 7382.
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa (2011): «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor.
- MELERO ALONSO, E. y ESPÍN SÁEZ, M., «El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº1, 1999.
- MESTRE DELGADO, Juan Francisco (2003): «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», en *Revista de estudios de la administración local*, nº 291, pp. 705-730.
- MILLÁN MORO, Lucía (1991): La eficacia directa de las directivas: evolución reciente, en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 18, nº 3, 1991, pp. 845-879.
- (1984): «Aplicabilidad directa» y «efecto directo» en Derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en *Revista de instituciones europeas*, Vol. 11, Nº 1, pp. 445-474.
- MORENO MOLINA, J.A. (2015a): «Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su necesaria incorporación al Derecho español», en *Gabilex*, Número extraordinario con motivo de las XXVII Jornadas de Letrados de las CC. AA., pp. 103-132.
- (2015b): *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, 1ª edición, Chartridge Books Oxford, Oxford.
- (2011): «Crisis y contratación local desde la perspectiva de la Administración», en *Anuario de gobierno local 2011*, nº 1, pp. 117-145.
- (2009): «Procedimiento negociado», en Bermejo Vera (Dir) y Bernal Blay (Coord.), *Diccionario de contratación pública*, 1ª edición, Iustel, Madrid.
- (2008) «Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva ley estatal de contratos públicos», en *Revista jurídica de Navarra*, nº 45, pp. 45-73.

- MORENO MOLINA, José Antonio y PLEITE GUADAMILLAS, F. (2008): *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, 1ª edición, La Ley, Madrid.
- MOREU CARBONELL, Elisa (2009): «Uniones temporales de empresas», en Bermejo Vera (Dir) y Bernal Blay (Coord), *Diccionario de contratación pública*, 1ª edición, Iustel, Madrid.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio (2009): «El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local», en *Revista Electrónica CEMCI*, nº3.
- PORTER, Robert. y DOUGLAS ZONA, John (1999): Ohio school milk markets: an analysis of bidding, en *RAND Journal of Economics*, Vol. 30, nº 2, pp. 263-288.
- PÉREZ PAREDES, Esmeralda (2013): «Las Uniones Temporales de Empresas en la contratación pública», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2012*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2015): «Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», en *Revista de Administración Pública*, nº 196, pp. 97-135.
- RIERA LÓPEZ, Marta (2013): «Contratos menores: rasgos característicos, menciónes especiales y consecuencias de un uso abusivo», en *Auditoria Pública*, nº 61, pp. 61-68.
- RUIZ RUBIA, Carlos V (2012): «La justificación del procedimiento negociado», en *Contratación administrativa práctica*, nº 12, pp. 60-63.
- SANTÍAS VIADA, José Antonio (1996): «La regulación del procedimiento negociado para la adjudicación de contratos en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas», *Noticias de la Unión Europea*, nº 136, pp. 131-138.
- VÁZQUEZ MATILLA, Javier (2014): «Los contratos del sector público (2) Formación y vicisitudes», en YZQUIERDO TOLSADA (Dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, Tomo XIV, 1ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.