



Junta de Castilla y León

Consejería de Hacienda

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

9-2012.- EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN CUYO OBJETO SE ENCUENTRE DIVIDIDO EN LOTES.

En los expedientes de contratación cuyo objeto se divida en lotes se plantean las siguientes cuestiones:

- a) Puede el órgano de contratación obligar a los licitadores a licitar a todos los lotes.
- b) Puede el órgano de contratación exigir diferente solvencia en función de los lotes a los que presenten oferta los licitadores.
- c) Puede el órgano de contratación limitar el número de lotes a adjudicar a los licitadores aunque hayan acudido a todos los lotes.

a) En relación con la posibilidad de que el órgano de contratación pueda obligar a los licitadores a presentar oferta a todos los lotes, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en su Anexo VII en el que se consigna la Información que debe figurar en los anuncios señala en su *apartado 7 Cuando los contratos estén divididos en lotes, se indicará si los operadores económicos pueden licitar por uno, varios o la totalidad de estos lotes*. El artículo 67 del RGCAP en su apartado 5.a), establece, como datos o menciones que habrán de hacerse constar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de suministros, la posibilidad de licitar, en su caso, por la totalidad del objeto del contrato o por los lotes que se establezcan, exigencia que reitera en su apartado 6.a), al enumerar el contenido mínimo de los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de consultoría y asistencia, y en su apartado 7.a), relativo al contenido mínimo de dichos pliegos en los contratos de servicios. Como señaló en su momento la Abogacía General del Estado en Dictamen 69/2006, el establecimiento de varios lotes y la posibilidad de adjudicar cada uno de ellos a contratistas distintos permite a la Administración contar con una mayor garantía de cumplimiento, pues si alguno de los contratistas no puede cumplir con la entrega del lote o lotes adjudicados, la circunstancia de que el resto de lotes hayan sido adjudicados a empresarios distintos evita que la Administración quede completamente desabastecida. El objetivo que puede perseguir el órgano de contratación al exigir que los licitadores presenten oferta a todos los lotes es evitar que alguno de ellos, especialmente cuando consideran que puede ser menos rentable que los demás, quede desierto. Sin embargo este objetivo puede perfectamente cumplirse realizando una división diferente de los lotes. Lo que sin duda el reglamento habilita al órgano de contratación es precisamente a lo contrario a esta práctica, es decir discrecionalmente, aunque de forma motivada, el órgano de contratación pueda restringir la facultad de toda persona física o jurídica con capacidad de obrar y la solvencia adecuada pueda licitar a la totalidad de los lotes que licite en un expediente la administración; esta restricción puede cabalmente entenderse con el argumento señalado de protegerse la Administración ante el riesgo de un desabastecimiento completo. Cuando el órgano de contratación exige a los licitadores que presenten oferta a todos los lotes están restringiendo la competencia, está poniendo



Junta de Castilla y León

Consejería de Hacienda

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

una barrera de entrada máxime cuando los lotes tienen objetos muy dispares. Esta práctica es además contraria a la última tendencia comunitaria en materia de contratación y que se recoge en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación Pública en cuyo considerando 30 declara que *Con el fin de favorecer la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en el mercado de la contratación pública, se debe fomentar que los poderes adjudicadores dividan los contratos en lotes, y, en caso de que no lo hagan, deberán estar obligados a especificar los motivos. Cuando los contratos estén divididos en lotes, los poderes adjudicadores podrán limitar el número de lotes a los que un operador económico puede licitar, por ejemplo con el fin de preservar la competencia o garantizar la seguridad del suministro; podrán limitar también el número de lotes que pueda adjudicarse a cada licitador.* Por último, hay que señalar que la posibilidad de favorecer o estimular a los licitadores la presentación de oferta a más de un lote es posible que tenga una adecuada cobertura en el ordenamiento jurídico de aprobarse en la futura directiva de contratos lo dispuesto en el artículo 44 de la propuesta de directiva que declara que *Los poderes adjudicadores determinarán en primer lugar las ofertas que mejor cumplen los criterios de adjudicación establecidos de conformidad con el artículo 66 para cada lote. Podrán adjudicar un contrato por varios lotes a un licitador no clasificado en primer lugar con respecto a todos los lotes individuales cubiertos por ese contrato, a condición de que se cumplan mejor los criterios de adjudicación establecidos de conformidad con el artículo 66 con respecto a todos los lotes cubiertos por dicho contrato. Los poderes adjudicadores especificarán en la documentación de la contratación los métodos que se proponen utilizar para proceder a esta comparación. Estos métodos deberán ser transparentes, objetivos y no discriminatorio.* Por lo anteriormente expuesto y considerando que el artículo 1 del TRLCSP dispone que esa ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, el órgano de contratación carece de cobertura normativa que le habilite a excepcionar el principio de libre acceso exigiendo a los posibles licitadores que presenten oferta a los diferentes lotes.

b) La segunda cuestión que se plantea es si puede el órgano de contratación exigir diferente solvencia en función de los lotes a los que presenten oferta los licitadores; esta cuestión surge al considerar que ese mismo órgano de contratación si hubiera licitado esos lotes en expedientes independientes de forma sucesiva, cualquier licitador con una solvencia menor podría licitar a todos ellos e incluso resultar adjudicatario de todos. En principio el argumento se basa en un sofisma dado que es habitual que tanto los diferentes órganos de contratación de una misma Administración como los de otras administraciones territoriales liciten en las mismas o en fechas muy próximas contratos sin que exista jurídicamente impedimento alguno a que cualquier licitador pueda presentar oferta a todos ellos y sin que naturalmente eso afecte a la solvencia particular de cada contrato. Debe por tanto la cuestión circunscribirse a si el órgano de contratación puede exigir una mayor o menor solvencia a los licitadores en función del número de lotes a que se presenten. Como ya hemos señalado, el artículo 67 del RGCAP entre los datos y menciones que habrán de hacerse constar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares señala la posibilidad de licitar, en su caso, por la totalidad del



Junta de Castilla y León

Consejería de Hacienda

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

objeto del contrato o por los lotes que se establezcan. Ya hemos señalado que la división del objeto en lotes y la restricción al número de lotes a los que un licitador puede presentar oferta, puede responder al objeto de preservar la competencia o garantizar la seguridad del suministro. En aras a garantizar la administración el cumplimiento del objeto del contrato parece más razonable modular la solvencia de los licitadores en función de los lotes a los que presenten ofertas, que exigir una solvencia similar a si fueran a concurrir a todos los lotes lo que limitaría el acceso a pequeñas y medianas empresas. En este sentido y para la garantía provisional la Junta consultiva de Contratación administrativa del Estado en su informe 14/92 de 17 de junio para la Garantía provisional declaró que *"...en el supuesto de participación por partidas o lotes, el importe de la fianza provisional, es decir, el 2 por 100 debe aplicarse sobre el importe exclusivo de las partidas o lotes para los que se presenta proposición económica y no sobre el importe de la totalidad de partidas y lotes que integran el objeto del contrato"*

En atención a lo anteriormente expuesto consideramos que la modulación de la solvencia que se exige a los licitadores en función del número de lotes a los que licite, siempre que se respete el principio de proporcionalidad y el libre acceso a las licitaciones se ajusta al espíritu y fin establecido en el TRLCSP:

c) La tercera cuestión que se plantea es si puede el órgano de contratación en virtud de la libertad de pactos que se reconoce en el artículo 25.1 del TRLCSP limitar en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares el número de lotes a adjudicar a los licitadores aunque hayan acudido a todos los lotes. En la fecha de evacuación del presente informe, no se reconoce expresamente esta posibilidad ni en el TRLCSP ni en el RGLCAP. Sin embargo hay que anotar que esta posibilidad ya se recoge por primera vez en la propuesta de Directiva citada ut supra en el también mencionado artículo 44, en el que se dispone que *Los poderes adjudicadores podrán limitar el número de lotes que podrán adjudicarse a un licitador, incluso en el caso de que se haya indicado la posibilidad de presentar ofertas por todos los lotes, siempre que en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés se indique el número máximo. Los poderes adjudicadores deberán determinar e indicar en la documentación de la contratación los criterios o normas objetivos y no discriminatorios para la adjudicación de los distintos lotes, en caso de que la aplicación de los criterios de adjudicación elegidos pueda dar lugar a la adjudicación a un licitador de un número de lotes superior al máximo indicado.* Hecha esta anotación, debe recordarse por un lado que los pliegos de cláusulas administrativas particulares carecen de carácter normativo y deben someterse al ordenamiento jurídico y por otro que la libertad de pactos a que se refiere el artículo 25.1 del TRLCSP se reconoce siempre que los pactos o condiciones no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración. Por lo anteriormente expuesto consideramos que no existe cobertura normativa que habilite al órgano de contratación para excepcionar en ningún supuesto el derecho del licitador a la adjudicación del lote o de los lotes cuando su oferta sea la económicamente más ventajosa, debiendo considerar nula cualquier cláusula o condición que en este sentido se incluya en los Pliegos de Cláusulas administrativas exigiendo a los posibles licitadores que presenten oferta a los diferentes lotes.