



Expediente: 12/20

Materia: Diversas cuestiones referentes a un contrato dividido en lotes.

ANTECEDENTES

La Consejera de Economía y Hacienda del Gobierno de Cantabria ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“La Intervención General de la Comunidad Autónoma de Cantabria durante el desarrollo de una auditoría en materia de contratación respecto de una empresa pública de carácter mercantil dependiente del Gobierno de Cantabria, que tiene la consideración de poder adjudicador no Administración Pública, a efectos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) se ha encontrado con varios expedientes de contratos cuyo objeto consiste en "servicios o suministros en función de las necesidades" dividido en lotes en los que, en sus pliegos reguladores, se establece el "carácter estimativo" de cada uno de ellos, en cuanto a su presupuesto, por considerarlo como un único contrato en virtud de la posibilidad prevista en el artículo 99.7 de la LCSP que expresamente señala: "En los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato."

Las características principales en los expedientes analizados son las siguientes:

- *Al tratarse de contratos "en función de las necesidades" el empresario se obliga a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del mismo se defina con exactitud al tiempo de celebrar este, por*



estar subordinadas las mismas a las necesidades reales de la empresa, y con el límite del presupuesto máximo o la duración prevista en los pliegos.

- *El objeto del contrato se divide en lotes permitiendo que un mismo licitador pueda presentar oferta y resultar adjudicatario de uno o varios lotes, si bien, no se recoge la posibilidad de presentar ofertas integradoras.*
- *La solvencia exigida se determina según el valor máximo de cada uno de los lotes a los que cada licitador presente su respectiva oferta.*
- *Por necesidades superiores a las inicialmente estimadas durante la vigencia del contrato, se establece, en los pliegos, la posibilidad de modificar el contrato, hasta un 20% como máximo del presupuesto base de licitación, según lo establecido en el artículo 204 de la LCSP. A su vez, también está previsto, en los pliegos, que, durante la ejecución de los contratos, existan diferencias reales de medición, hasta un máximo del 10% del precio del contrato, según lo establecido en los artículos 301 y 309.1 de la LCSP.*
- *Cada lote en el que se divide el objeto del contrato se considera de "carácter estimativo" y así se recoge tanto en los pliegos como en los respectivos contratos formalizados con cada adjudicatario (uno por cada lote). La empresa mantiene que es un único contrato con varios proveedores, aunque se formalicen en documentos independientes por la simplificación en el proceso de formalización constituyendo el precio del contrato la suma de los importes de adjudicación de los diversos lotes en los que se divide el contrato.*
- *La garantía definitiva exigida al adjudicatario es del 5% del presupuesto base de licitación del respectivo lote.*

A efectos prácticos, y según criterio de la empresa pública, las circunstancias anteriores permiten:

- *Considerar que estemos ante un único contrato con varios proveedores sin que cada lote se considere un contrato por separado.*
- *Que al tratarse de contratos en los que su objeto va en función de las necesidades y establecer que cada lote tiene carácter estimativo supone que no*



resulta asegurado que el presupuesto de cada uno de ellos vaya a ser consumido en tanto en cuanto solo se ejecutará si se dan las necesidades previstas, por lo que, al no existir obligación en la ejecución, no existe perjuicio para ninguno de los adjudicatarios cuando un lote se exceda en la ejecución, viéndose compensando por una menor ejecución en alguno de los otros lotes.

- *Si en un lote las necesidades reales resultaran superiores al presupuesto base de licitación del mismo permitiría utilizar el crédito de otros no consumidos hasta el valor máximo del contrato sin necesitar de tramitar un expediente de modificación del contrato (esto es, supondría que los límites del artículo 204, 301 y 309.1 se aplican considerándolo como un único contrato y no por cada uno de los lotes).*
- *Evitaría tener que sacar a licitación lotes por separado, en el caso de que alguno de ellos se hubiere agotado con rapidez, disminuiría la carga administrativa para la empresa y por tanto garantizaría mayor eficiencia y no perdería la unidad en cuanto al objeto de la necesidad de contratar al terminar la duración de los lotes en el mismo momento.*

A la vista de la situación planteada, se plantean las siguientes dudas:

- 1) *¿Resulta correcto considerar que estamos ante un único contrato con varios proveedores o, por el contrario, cada lote sería un contrato según lo establecido en el artículo 99 de la LCSP?*
- 2) *Si estamos ante un único contrato ¿resulta adecuado exigir una solvencia y una garantía definitiva en función del valor de cada uno de los lotes?*
- 3) *A efectos de la posibilidad de modificación del contrato del artículo 204 LCSP ¿cómo debería aplicarse el límite del 20% por necesidades reales superiores a las inicialmente estimadas? Esto es, ¿podría hacerse considerando el precio total del contrato o por el contrario debe aplicarse según el presupuesto de cada lote?*
- 4) *En la misma línea que lo anterior, ¿cómo ha de aplicarse el límite de 10% por diferencias reales de medición durante la ejecución del contrato?*



CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. La Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Cantabria se dirige a esta Junta Consultiva formulando diversas preguntas en relación con la regulación de los contratos adjudicados por lotes contenida en el artículo 99 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Las cuestiones se suscitan a propósito de las dudas que generan ciertos contratos cuyo objeto consiste en *"servicios o suministros en función de las necesidades"* dividido en lotes celebrados por una empresa pública dependiente del Gobierno de Cantabria. A este respecto, debe recordarse, antes que nada, que la Junta Consultiva sólo puede evacuar informes en los términos previstos dentro del artículo 328 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que presenten carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados.

A este respecto, cabe recordar los criterios de esta Junta expuestos, por ejemplo, en su informe de 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos



legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Junta. Por tanto, el informe se pronunciará declarando los criterios de aplicación general en relación con las cuestiones que se someten a consulta, correspondiendo a los servicios jurídicos de esa Consejería su interpretación en relación a los casos concretos suscitados.

2. Sobre la división en lotes del objeto del contrato y su adjudicación, cabe recordar que, de conformidad con las Directivas de la UE, la LCSP en el artículo 99 da un paso más en favor del acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública al introducir una nueva regulación que prevé como regla general la realización independiente de las partes del objeto de un contrato mediante su división en lotes siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, y salvo que se justifique en el expediente su improcedencia por motivos válidos (artículo 99.3 LCSP).

La primera duda que surge a la entidad consultante estriba en conocer si en un contrato adjudicado por lotes estamos en presencia de un único contrato con varios proveedores o si, por el contrario, cada lote sería un contrato según lo establecido en el artículo 99.7 de la LCSP.

El tenor literal del precepto citado indica que *“En los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato.”* Por lo tanto, el precepto citado se deduce con facilidad que la regla general es que cada lote constituye un contrato diferente y que, por excepción, hay dos supuestos en que los diferentes lotes adjudicados podrán considerarse como un único contrato, esto es, si el órgano de contratación considera oportuno, en ejercicio de la facultad legalmente conferida, prever expresamente en el pliego que constituirá un solo contrato para todos los lotes adjudicados a un mismo licitador, o en el caso de que se adjudique a una oferta integradoras cumpliendo los requisitos del artículo 99.5 de la LCSP.



3. La división en lotes del objeto del contrato ha sido prevista por el legislador con la finalidad de promover y facilitar el acceso de las PYMES a la contratación pública. En el aspecto procedimental, no obstante, se establece como garantía específica para evitar el fraccionamiento ilícito del contrato y que se puedan ver vulneradas las normas adjetivas y los umbrales aplicables que *“cuando se proceda a la división en lotes, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, calculado según lo establecido en el artículo 101, salvo que se dé alguna de las excepciones a que se refieren los artículos 20.2, 21.2 y 22.2.”* (artículo 99.6 de la LCSP). Por tanto, la determinación del procedimiento aplicable a la selección del contratista y los umbrales aplicables deben responder al valor acumulado del conjunto de las prestaciones o lotes en que se divide el contrato. Esta norma guarda una perfecta congruencia con la prevista en el artículo 101.12 de la LCSP a los efectos del cálculo del valor estimado en los contratos adjudicados simultáneamente por lotes.

No dice lo mismo la norma respecto de otros aspectos concretos como puedan ser la solvencia y las garantías y, sin embargo, podemos encontrar en la LCSP otras normas que sí tratan la cuestión. La primera de ellas es el artículo 74.2 donde se indica que los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos deben *“estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.”* Esa necesaria proporcionalidad determinaría que, si estamos en presencia de diferentes contratos para cada lote adjudicado, como resulta ser la regla general, cada uno de ellos exija unas condiciones de solvencia vinculadas a la concreta prestación que constituye su objeto. Por el contrario, si estamos en presencia de un solo contrato, bien por exigirlo los pliegos o bien por razón de la existencia de ofertas integradoras, la proporción adecuada de las condiciones de solvencia se alcanzará con el conjunto de las prestaciones a que se refiere el único contrato existente y las ofertas integradoras presentadas en su seno. Este mismo criterio puede deducirse del párrafo final del artículo 87 a) de la LCSP en que se ordena que el criterio del volumen anual de negocios o el del volumen anual



de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato se aplique en relación con cada uno de los lotes en que esté dividido el contrato.

Por lo que se refiere a las garantías cabe destacar que conforme al artículo 106.2 de la LCSP en el caso de división en lotes, la garantía provisional se fijará atendiendo exclusivamente al importe de los lotes para los que el licitador vaya a presentar oferta y no en función del importe del presupuesto total del contrato. Por tanto, también en este caso si existen tantos contratos como lotes a cada uno de ellos se le exigirá una garantía apropiada y proporcionada al valor de cada lote separado. Por el contrario, cuando sólo exista un contrato por exigirlo el pliego o por existir ofertas integradoras se deberá fijar la garantía en función del valor conjunto de los lotes adjudicados de manera integrada.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1069/2017, de 17 de noviembre, dictada sobre la base de la regulación de la Directiva 2014/24/UE ya que todavía no estaba en vigor la nueva LCSP, alude a la regla general de existencia de tantos contratos como lotes adjudicados y, en este caso, afirma que *“no cabe duda que cada lote funciona como un contrato independiente, cada uno con su propio presupuesto, diferente solvencia técnica y económica, distinta exigencia de garantía definitiva, etc. La independencia de cada uno de los lotes se pone de manifiesto en caso de impugnación de la adjudicación en uno de ellos, pues la misma no determina la suspensión del resto, cuyos contratos pueden formalizarse y su ejecución comenzar. De la misma forma, la exclusión del licitador en uno de los lotes por alguna deficiencia en su solvencia u oferta, no determina por sí misma, la exclusión en todos los lotes en los que se hubiera presentado. Si todo esto es así, la misma conclusión cabe alcanzar en lo que se refiere a la adscripción de medios personales. No cabe la inclusión global de los perfiles, sino su concreción para cada lote y, dentro de ellos, para cada centro.”*



En el caso contrario, cuando sólo exista un contrato, la respuesta habrá de ser, como hemos visto, también la contraria, de modo que las condiciones de solvencia y la garantía habrán de referirse, como dice la ley al “*valor acumulado del conjunto.*”

4. Si en condiciones normales cada lote constituye un contrato, las cuestiones relativas a sus efectos y cumplimiento deben resolverse teniendo en cuenta esta característica. De esta manera cabe responder a las cuestiones planteadas en las preguntas 3 y 4, que tanto el límite del 20 % establecido en el artículo 204.1 de la LCSP para las modificaciones previstas en los pliegos, como el límite del 10 % de variación en las unidades de ejecución previsto en los artículos 301 y 309 de la LCSP deben referirse a precio de cada uno de los contratos en que consiste cada lote.

Sólo en los casos mencionados como excepción tantas veces mencionados, la previsión expresa en los pliegos o la existencia de una oferta integradora, cabe referir los porcentajes expuestos al precio del conjunto.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES.

- Según lo establecido en el artículo 99.7 de la LCSP la regla general aplicable a los contratos adjudicados por lotes es que cada lote constituye un contrato diferente. Por excepción, existen dos supuestos en que los diferentes lotes adjudicados podrán considerarse como un único contrato, esto es, si el órgano de contratación considera oportuno, en ejercicio de la facultad legalmente conferida en el citado precepto, prever expresamente en el pliego que constituirá un solo contrato para todos los lotes adjudicados a un mismo licitador, o en el caso de que se adjudique a una oferta integradoras cumpliendo los requisitos del artículo 99.5 de la LCSP.



- Sólo en los casos en que se considere que hay un único contrato por disponerlo así los pliegos o tratarse de la adjudicación de una oferta integradora, cabe establecer la solvencia y fijar la garantía en función del valor conjunto de los lotes adjudicados de manera integrada. En los supuestos en que se aplique la regla general de que existen tantos contratos como lotes, las condiciones de solvencia y de garantía deberán ir referidas al valor de cada lote.
- Salvo en los casos en que deba considerarse que estamos en presencia de un único contrato de acuerdo con las conclusiones anteriores, en la ejecución de los contratos adjudicados por lotes tanto el límite del 20 % establecido en el artículo 204.1 de la LCSP para las modificaciones previstas en los pliegos, como el límite del 10 % de variación en las unidades de ejecución previsto en los artículos 301 y 309 de la LCSP deben referirse al precio de cada uno de los contratos en que consiste cada lote.