



Recurso nº 669/2019 C. Valenciana 139/2019

Resolución nº 800/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 11 de julio de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. S. G. A., en representación de FULTON, S.A., frente a los pliegos rectores de la contratación de la *“Obra de Construcción del Centro de Salud “Campanar II” Centro de especialidades “Campanar”, Aparcamiento y Centro de entrega de energía eléctrica dentro del Complejo Sanitario “Campanar-Ernest Lluch” (Antiguo Hospital La-Fe)”* (Expediente número 150/2019) licitada por la Dirección General de Eficiencia y Régimen Económico de la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 20 de mayo de 2019, fecha en la que asimismo se publicaron los pliegos, así como en el DOUE de 21 de mayo, la Dirección General de Eficiencia y Régimen Económico de la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana convocó la licitación del contrato de la *“Obra de Construcción del Centro de Salud “Campanar II” Centro de especialidades “Campanar”, Aparcamiento y Centro de entrega de energía eléctrica dentro del Complejo Sanitario “Campanar-Ernest Lluch” (Antiguo Hospital La-Fe)”*

El valor estimado del contrato es de 25.683.155,11 euros.

Segundo. La mercantil FULTON, S.A., quien no ha presentado proposición para participar en el procedimiento de contratación, interpone recurso especial en materia de contratación mediante escrito presentado el 31 de mayo de 2019, impugnando los pliegos de la contratación.

Se refiere el recurrente a lo indicado en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), donde se recogen las características del contrato, señalando en su apartado “A” la definición concreta del objeto de las obras:

“El objeto del presente expediente de contratación se refiere a la ejecución de la obra para construcción de los nuevos Centro de Salud “CAMPANAR II”, Centro de Especialidades “CAMPANAR”, APARCAMIENTO y Centro de entrega de energía eléctrica, dentro del Complejo Sanitario “Campanar – Ernest LLUCH” (Antiguo Hospital La Fe)”.

Añade que el proyecto *“consta entre la documentación técnica (PPT) que, debido a su tamaño, se facilitó a los interesados a través de un enlace electrónico previa solicitud al órgano de contratación. Este proyecto recoge todos los trabajos de construcción e instalaciones necesarios para la edificación de los referidos centros. En dicho sentido, y a modo de ejemplo, se pueden observar los siguientes capítulos:*

01 ACTUACIONES PREVIAS Y DESVÍO LÍNEA MT

02 CENTRO ENTREGA ENERGÍA Y CONEXIÓN LINEAS MT

03 SÓTANO APARCAMIENTO

04 CENTRO SALUD CS

05 CENTRO DE ESPECIALIDADES CEE

06 URBANIZACIÓN”.

Apunta el recurrente que *“a su vez, esos capítulos incluyen las distintas partidas que los componen, según la especialidad de unidad de obra y/o instalación”, con lo que “es perfectamente posible diferenciar las distintas unidades de obra según la especialidad*

(Movimiento de tierras, Instalaciones Mecánicas, Instalaciones Eléctricas, Obra Civil, Instalaciones de Climatización, etc...)”.

Indica asimismo la recurrente que su objeto social es “*el proyecto, la instalación y montaje de instalaciones frigoríficas y de aire acondicionado, la instalación de cámaras frigoríficas, la realización de obras de albañilería, carpintería y pintura de inmuebles de uso privado y administrativo, la realización completa de instalaciones de fluidos térmicos, aceite y vapor, etc... teniendo una larga trayectoria y experiencia empresarial en el proyecto y ejecución de instalaciones eléctricas, conducción de aire-agua y climatización para centros sanitarios públicos y privados.*

Por tanto, huelga expresar su interés en concurrir a la licitación del contrato para la ejecución de las instalaciones proyectadas”.

De otra parte, se alude en el recurso al apartado L del anexo al PCAP, en el que se recogen los criterios para acreditar la solvencia, indicándose por el recurrente, en cuanto a la clasificación exigida, lo que sigue:

“GRUPO C) Edificaciones

CATEGORÍA: 6 (la máxima prevista en el RDL 1098/2001)

Ello implica que únicamente las grandes empresas constructoras que tengan la máxima categoría en el Grupo C puedan licitar, si bien, la que resulte adjudicataria procederá posteriormente a la subcontratación de los trabajos especializados (electricidad, climatización, etc...) a otras empresas que no tienen la anterior clasificación y no han podido licitar. Obviamente, dicha subcontratación se llevará a cabo sin aplicación de los principios que han de regir la contratación pública.

Por su parte, de procederse a la división en lotes, según las distintas especialidades de los trabajos a ejecutar, podría darse acceso a licitadoras que tengan las siguientes categorías:

- GRUPO: J – SUBGRUPO: 2 – CATEGORIA: E*
- GRUPO: J – SUBGRUPO: 4 – CATEGORIA: E*

- GRUPO: J – SUBGRUPO: 5 – CATEGORIA: E
- GRUPO: I – SUBGRUPO: 5 – CATEGORIA: C
- GRUPO: I – SUBGRUPO: 6 – CATEGORIA: E
- GRUPO: I – SUBGRUPO: 8 – CATEGORIA: E
- GRUPO: I – SUBGRUPO: 9 – CATEGORIA: E
- GRUPO: K – SUBGRUPO: 9 – CATEGORIA: E

Este es el caso de FULTON, S.A. quien, aunque tiene clasificación con la máxima categoría para algunos de los subgrupos del grupo C, carece de la máxima categoría en la mayoría de subgrupos y no podría licitar. Sin embargo, si el contrato se dividiera en lotes sí tendría la clasificación que resultaría exigible para varios de ellos”.

Apunta asimismo el recurrente que el proyecto a ejecutar contiene entre otros documentos el Presupuesto General, “en el que se puede ver el perfecto desglose por partidas, permitiendo diferenciar claramente cuales podrían aglutinarse en distintos lotes y el precio que supondrían.

En dicho sentido, si sumamos todas las partidas relativas a instalaciones obtenemos un precio de 5.882.256,59 euros, lo que supone que la división en lotes no implicaría ninguna diferencia en cuanto a la sujeción del contrato a regulación armonizada o cualquier otro encuadramiento normativo del mismo que pueda restar transparencia, publicidad, igualdad, etc... al procedimiento de licitación”.

Estima el recurrente que, pese “al amplio objeto del contrato y el cúmulo de centros y trabajos que aglutina”, en el apartado B del anexo I al PCAP se establece la no división en lotes del objeto del contrato, la cual a su juicio resulta contraria al actual marco legal, “y a la práctica habitual en este tipo de contratos de obra, donde lo normal es dividir el contrato en lotes si no por centros o recintos por especialidad de las obras o instalaciones. En dicho sentido, encontramos como ejemplo el caso del Hospital de Teruel, cuyo anuncio de licitación se acompaña al presente escrito como documento número 6 y donde un contrato

muy similar al del presente expediente se dividió por especialidad de los trabajos en los siguientes lotes:

Lote 1 Cimentación y Estructura

Lote 2 Obra Civil

Lote 3 Electricidad

Lote 4 Climatización y Fontanería

Lote 5 Incendios

Lote 6 Gases Medicinales y Transporte Neumático

Lote 7 Ascensores

Lote 8 Obra transversal y de urbanización

Lote 9 Contrato de servicios: Control de Calidad

Como se puede observar en el proyecto del presente expediente si no esa misma división una muy similar se podría acordar en el mismo”.

Indica en este sentido que “la no división en lotes comporta que únicamente las empresas con clasificación Grupo C, categoría 6, pueden concurrir a la licitación, resultando que FULTON, S.A. carece de dicha clasificación.

Sin embargo, de procederse a la división del objeto del contrato en lotes, mi representada sí podría acceder a algunos de los lotes resultantes. Así pues, el hecho de no presentar oferta en el referido procedimiento de licitación, no supondrá el decaimiento de su legitimación, habida cuenta de que nos encontramos ante uno de los supuestos excepcionales que ese Tribunal viene considerando para otorgar legitimación a la recurrente que no formaliza su oferta, cual es que con su recurso pretenda la modificación de los requisitos establecidos por el órgano de contratación para poder licitar”.

Cita a este respecto la resolución nº 1142/2018 de este Tribunal.

Por lo que atañe a la doctrina relativa a la división en lotes de los contratos administrativos, se cita en el recurso el art. 99 de la LCSP, así como la Directiva 2014/24/UE, considerandos 78 y 79, y el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos».

Considera a partir de ello que *“como regla general, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, estableciéndose en el artículo 99.3 “in fine” de la LCSP, los motivos válidos para justificar la no división en lotes del objeto del contrato”*. Además, *“el artículo 99.4 de la LCSP contempla las limitaciones que el órgano de contratación puede imponer a las licitadoras en el caso en que proceda a la división en lotes, ello, en aras a asegurar que la división en lotes no vulnera otros principios como la transparencia, igualdad, libre concurrencia, etc...”*

Expuesto el actual marco normativo, en el presente caso nos encontramos ante un contrato de obras para la construcción de varios centros sanitarios, en el que se justifica la no división por lotes en el hecho de que todos estos recintos tienen una estructura común (cimentación) y, por ello, la división en lotes podría poner en peligro su correcta ejecución. Parece pues evidente, que el órgano de contratación pretende acogerse a la excepción prevista en el apartado b) del artículo 99.3 de la LCSP”, que se refiere a:

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

Indica al respecto el recurso que *“la doctrina es unánime al afirmar que la aplicación de esta excepción a la división del contrato en lotes, debe estar debidamente justificada*

mediante los correspondientes detalles técnicos y/o económicos que acrediten tales extremos, debiéndose rechazar, por el contrario, cualquier justificación genérica”. Alude a “la doctrina reiterada de ese Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales expresada, entre otras muchas, en la resolución 148/2019 de 22 de febrero”.

De todo lo anterior, concluye el recurrente como sigue:

“(…) resulta evidente que la división por lotes según la especialidad de los trabajos a realizar no solo es posible, sino que es recomendable, habida cuenta de que se logrará una mayor optimización si se permite el acceso a empresas especializadas en esa clase de trabajos, sin que la justificación pretendida por el órgano de contratación tenga ninguna virtualidad dado que todas las obras deberán estar sujetas a una única dirección facultativa.

Por el contrario, la no división en lotes supone, no solo una vulneración del artículo 99 de la LCSP, también una restricción a los principios de libre concurrencia, de transparencia y de búsqueda de la oferta más ventajosa. La licitación de este tipo de contratos sin división en lotes se traduce en que únicamente las grandes constructoras puedan licitar, limitándose así el número de potenciales licitadoras, además, lo que ocurre posteriormente es que estas grandes constructoras subcontratan los trabajos según su especialidad, de forma que proceden de facto a la división en lotes del contrato, si bien esa adjudicación de “lotes” ya no se acoge a la LCSP, sino que se lleva a cabo de forma arbitraria y abusiva por parte de la contratista que resulte adjudicataria.

Este mecanismo de contratación supone un auténtico fraude de ley y, además acredita que sí se puede dividir en lotes el objeto del contrato y, por tanto debe llevarse a cabo dicha división. Y prueba de todo ello es que, si realmente fuera cierta la justificación que se recoge en el anexo I al PCAP para, en contra de lo exigido por el Legislador, no dividir en lotes el contrato, se debería haber prohibido o restringido la subcontratación en los Pliegos, cosa que no aparece”.

Y termina solicitando que se acuerde la nulidad de los pliegos impugnados *“por incumplir la obligación de división en lotes sin la debida justificación, debiendo el órgano de contratación adecuar el contenido de los Pliegos y retrotraer el procedimiento a la fecha en que se proceda a la publicación del nuevo anuncio de licitación”.*

Tercero. El órgano de contratación ha evacuado el trámite de informe sobre este recurso. En primer término, y por lo que se refiere a la clasificación exigida correspondiente al Grupo: C (Edificaciones), Categoría: 6, se viene a justificar la procedencia de la misma, y se indica que:

“Para la determinación de la clasificación exigida en el Anexo I PCAP, se ha de tener en consideración, en primer lugar, que el objeto de licitación comprende la construcción de un complejo inmobiliario que a su vez contempla tres edificios sobre rasante (Centro de Salud, Centro de Especialidades y Centro de entrega de energía eléctrica), sobre la base común de un sótano de Aparcamiento, en donde los cimientos y la estructura portante del aparcamiento son la base común del conjunto de las edificaciones. En dicha obra, como posteriormente se acreditará, está justificada la no división en lotes, por lo que la determinación de la clasificación se ha de realizar atendiendo a la totalidad de la obra, y no por lotes como pretende el recurrente en el recurso interpuesto”.

En segundo lugar, se aborda en el informe la alegación planteada por el recurrente relativa a la necesidad de división en lotes del objeto del contrato, señalando lo siguiente:

“Es reiterada la doctrina de las juntas consultivas de contratación administrativa y de los tribunales administrativos de recursos contractuales acerca de la separación del objeto del contrato en diversos lotes.

(...)

En virtud de lo expuesto, se puede concluir que la Administración goza de libertad para decidir la división o no en Lotes de los correspondientes contratos en ejercicio de la discrecionalidad técnica que ostenta en lo que a dicha elección se refiere, y, únicamente, se le impone la obligación de justificar dicha decisión en el correspondiente expediente.

Por otra parte, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 13 LCSP, en relación con los contratos de obra, que establece:

"Los contratos de obras se referirán a una obra completa, entendiendo por esta la susceptible de ser entregada al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de

las ampliaciones de que posteriormente pueda ser objeto y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para la utilización de la obra.

No obstante lo anterior, podrán contratarse obras definidas mediante proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra completa, siempre que estas sean susceptibles de utilización independiente, en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas y preceda autorización administrativa del órgano de contratación que funde la conveniencia de la referida contratación".

En la presente licitación se justifica la no división en lotes en el Apartado B del Anexo I al PCAP, cumpliéndose con ello la obligación que se le impone de justificar su decisión de no dividir en lotes. Se establece en dicho apartado lo siguiente:

"El Proyecto Básico y de Ejecución de construcción es un documento único. Aunque la construcción se refiere, funcionalmente, a la de un Centro de Salud, un Centro de Especialidades, un Aparcamiento subterráneo y un Centro de Entrega de Energía, la estructura portante y de cimentación es común para todos los servicios asistenciales indicados; es decir, se trata de una unidad constructiva aunque funcionalmente se trate de distintos usos; a modo de ejemplo, el aparcamiento subterráneo corresponde a los sótanos del resto de edificios.

No procede, en consecuencia, su división en lotes, dado que abarca una obra que no es susceptible de realización por capítulos independientes para su correcta puesta en funcionamiento, ya que podría ponerse en peligro la correcta ejecución del contrato, en caso de que se procediera a su división en lotes".

A continuación procedemos a exponer y desarrollar dicha justificación:

En primer lugar, hay que hacer mención al concepto de "unidad funcional de la edificación". La edificación proyectada es una unidad constructiva única. Técnicamente esto quiere dar a entender que la cimentación, por ejemplo, es la cimentación única de todo el complejo, la estructura a ejecutar es una unidad extendida a toda la edificación cuya alteración puntual podría afectar al resto del conjunto. En algún caso, un asentamiento diferencial de la misma afectaría no sólo al resto de la estructura sino también a los elementos

constructivos vinculados al edificio, tales como tabiquería revestimientos o instalaciones. Otro caso explicativo de la situación sería, por ejemplo, el de las cubiertas, la ejecución defectuosa de las mismas tendría un efecto inmediato tanto en la estanqueidad del edificio como en los requerimientos energéticos de demanda. Todo lo anterior viene de explicar que la edificación es una unidad funcional única. Los posibles lotes en los que subdividiéramos el complejo no resultarían unidades funcionales independientes susceptibles de poder ser utilizadas de manera diferenciada.

En segundo lugar, hay que establecer la relación entre contrato y lote. Cada lote supone un contrato independiente, con sus procedimientos de recepción, comprobación y garantía diferenciados, pero el objeto resultante de los distintos lotes es una unidad constructiva y funcional, aspecto este que no puede ser objeto de duda. Esto implica que durante la ejecución los distintos contratos se suplementan y se condicionan mutuamente, es decir, la ejecución de un lote influye en la ejecución de otro, y la deficiente ejecución de ese lote puede suponer la presencia de patologías en otros. Por ejemplo, una cimentación o estructura que por razones constructivas sufra una patología determinada de flexión puede influir en determinadas situación de flexión del mismo en la rotura o deterioro de los pavimentos de la edificación y esos pavimentos en la patología de los elementos de revestimiento como zócalos, puertas, etc. Esto trae consigo durante la ejecución de la obra en la determinación de responsabilidades y por tanto en la atribución de las competencias en la reparación de los detectados y las posibles indemnizaciones a la administración o al resto de lotes. Evidentemente esto puede traer consigo situaciones de conflicto administrativo con el consiguiente perjuicio para la administración. Es decir, la constitución de cada lote en un contrato independiente es contradictorio con que cada lote no supone una unidad funcional independiente.

Por último, vamos a mencionar el "concepto de obra completa". Podemos discutir si un edificio puede funcionar sin persianas, sin detectores de incendios o sin señalización, pero evidentemente la estructura de un edificio no es una "obra completa" susceptible de su puesta en funcionamiento cuando hablamos de una edificación, porque no permite el uso de la misma por los usuarios. Caso distinto sería una "estructura" de un puente que permita atravesar de un lugar a otro. En el ámbito de las edificaciones, las distintas partes de la misma no permiten su utilización de manera independiente y no responden a su

funcionalidad de manera independiente. Sólo puede utilizarse para la prestación de un servicio una edificación con todos aquellos elementos necesarios para su funcionamiento, que en este caso son todos excepto aquellos que pueden considerarse como elementos asimilables a mobiliario.

La justificación expuesta encuentra su cobertura legal en el supuesto establecido en la letra b del apartado 3 del artículo 99 LCSP, que establece:

"En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes: "b) el hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente".

En resumen la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultaría la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico por cuanto que se trata de una edificación única sobre la base de un único sótano de aparcamiento y, además, la correcta ejecución del contrato de construcción de una única edificación implicaría la necesidad de coordinar desde la Administración la ejecución de las diferentes prestaciones objeto de los supuestos lotes (Cimentación, Estructura, Albañilería, Carpinterías, Instalación Eléctrica, Instalación de Fontanería, Instalación de Climatización, Gestión de Residuos, Control de Calidad, Seguridad, etc.) a ejecutar por una pluralidad de contratistas diferentes. Esta posibilidad exige que la administración dispusiera de los medios que dispone una empresa constructora para acometer obras de la envergadura correspondiente a la clasificación empresarial exigible a los licitadores, en este caso la máxima posible".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso a tenor de lo establecido en el art. 46.2 de la vigente 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 (LCSP), y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Generalitat Valenciana, publicado en el BOE el día 17 de abril de 2013 y cuyas sucesivas prórrogas se han publicado en el BOE nº 69 de fecha 21 de marzo de 2016 y en el BOE nº. 122 de 22 de mayo de 2019.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el art. 44, apartados 1.a) y 2.a), de la Ley 9/2017.

Tercero. El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1.b) del art. 50 LCSP, conforme al cual:

“1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

(...)

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en éste se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante”.

Cuarto. Por lo que respecta a la legitimación del recurrente, hemos de partir del principio general contenido en el art. 48 LCSP, conforme al cual podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

En el caso de la legitimación de un potencial licitador que impugna los anuncios o pliegos de cláusulas administrativas sin presentar su proposición en plazo, como aquí sucede, este Tribunal la ha venido admitiendo excepcionalmente (como se pone de relieve, entre otras resoluciones, en la resolución nº 1142/2018, oportunamente citada por el recurrente) cuando el motivo de impugnación de los pliegos impide al recurrente participar en un plano de igualdad en la licitación.

Así sucede en el caso que nos ocupa, puesto que, como pone de manifiesto la recurrente, carece de la clasificación requerida para licitar. Sin embargo, si el contrato se dividiera en lotes tal y como pretende con su recurso podría removerse ese obstáculo para su participación en la licitación.

Quinto. Tal y como se desprende de la exposición realizada en los antecedentes de hecho de esta resolución, la cuestión objeto de debate en el presente recurso gira en torno a la división en lotes del contrato cuyos pliegos son objeto de recurso, defendiendo el recurrente la procedencia de la misma al amparo de las disposiciones del art. 99 de la LCSP, frente a lo que opone el órgano de contratación que la no división en lotes del objeto del contrato se encuentra en este caso justificada al amparo de lo establecido en el apartado 3.b) de dicho precepto.

Interesa por ello comenzar recordando el tenor de dicha norma legal para continuar con el examen de la doctrina sentada por este Tribunal acerca del sentido de la misma, a fin de, por último, comprobar a la luz de dicha doctrina si en el presente caso cabe o no estimar la necesidad de que el objeto contractual se haya de dividir en lotes, como postula el recurrente.

Conviene advertir de entrada que el hecho, alegado por el recurrente, de que en otro contrato de obra que pudiera tener un objeto semejante al que aquí nos ocupa se pueda haber acordado su división en lotes, en nada afecta a nuestra apreciación, puesto que de lo que se trata es de examinar las concretas circunstancias del contrato objeto de recurso, cuya mayor o menor similitud con las de ese otro contrato subdividido en lotes no queda acreditada.

En lo que aquí interesa, el art. 99.3 de la LCSP dispone lo siguiente:

“3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

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

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

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en distintas resoluciones acerca de la procedencia o necesidad de que el objeto del contrato se divida en lotes, analizando las previsiones de la norma legal citada. Así, en la Resolución nº 625/2019, con cita de la previa Resolución nº 813/2018, señalábamos de una parte que la decisión de dividir un contrato o no en lotes es una cuestión discrecional del órgano de contratación pero sujeta a control, y, de otra, que si bien la regla general es la división en lotes, la misma no se impone para todos los contratos, pues debe permitirlo la naturaleza o el objeto de estos. La naturaleza y el objeto operan como condición previa para que se acuerde la división en lotes. A su vez, y dada dicha condición previa, atendiendo a la naturaleza y el objeto del

contrato a licitar, se habrá de exigir necesidad de justificar la no división con mayor o menor rigor según las circunstancias que concurran en cada expediente de contratación.

Con mayor detalle, en la Resolución nº 993/2018 razonábamos del siguiente modo:

“Como puede verse, el artículo 99 pretende, como señala la recurrente, promover que los órganos de contratación dividan en lotes las licitaciones para promover la concurrencia de pequeñas y medianas empresas. Ahora bien, siempre y cuando i) la naturaleza del contrato lo permita y ii) no existan motivos válidos que justifique la no división.

Para la debida comprensión de lo dispuesto en este precepto, conviene acudir a la Directiva 2014/24/UE, de 24 de febrero, de la que es trasposición la LCSP y en cuyo considerando 78 se señala:

“Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos. La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. 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. Cuando el poder adjudicador decida que no

sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato.”

De lo anterior cabe concluir:

a) La obligación de dividir en lotes tiene una finalidad específica, que es promover la concurrencia de las PYMES en los contratos del sector público.

b) Esa obligación se encuentra especialmente justificada cuando se licitan grandes contratos.

c) El órgano de contratación debe ser libre de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas la magnitud de cada expediente y de cada lote.

d) En caso de que se decida no dividir en lotes, deben indicarse las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador.

e) Los motivos válidos a que se refiere el artículo 99 son de carácter enunciativo, pudiendo existir otros.

Partiendo de lo anterior, este Tribunal ha venido aplicando una doctrina en torno al margen de discrecionalidad de que gozan los órganos de contratación a la hora de definir el objeto del contrato y su división en lotes, así como qué motivos se consideran válidos para que el órgano de contratación decida la no división en lotes.

Así, en nuestra resolución nº 430/2018, señalamos: “La discrecionalidad de los órganos de contratación para determinar si las prestaciones objeto del contrato constituyen una unidad contractual o no, así como si son susceptibles de unidades fundacionales independientes



divisibles en lotes, se manifiesta bajo el prisma de la racionalización de la contratación administrativa. En este sentido, la doctrina de los Tribunales de recursos contractuales, partiendo de la literalidad del artículo 86.3 del TRLCSP, que configura el fraccionamiento del contrato como una facultad o derecho potestativo que asiste al órgano de contratación, expresan que se trata de una decisión que entraña un indudable componente de discrecionalidad técnica en función de las concretas circunstancias que en cada caso concurran. Al respecto, en nuestra Resolución nº 408/2017 –citada posteriormente en la nº 600/2017 hemos señalado lo siguiente: “En relación con la previsión de este artículo 46 de la Directiva, este Tribunal ha declarado, entre otras, en la resolución 814/2016, que del mismo se desprende que “la división no es obligatoria”, siendo así que, por mucho que el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE exprese que, para aumentar la competencia, “procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes”, también añade que tales poderes adjudicadores deben conservar “la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”, exigiendo únicamente que se estudie la conveniencia de tal división, a cuyo fin, “cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación debe incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador.”

En definitiva, el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar el objeto del contrato y su división o no en lotes, margen que está sujeto también a la doctrina de la discrecionalidad técnica, debiendo, eso sí, explicar las razones principales por las cuales decide que no procede dicha división, razones que han de atender a un motivo válido, es decir, que no resulte arbitrario ni contrario a la finalidad última del precepto, esto es, la concurrencia de las PYMES”.

Abundando en estas consideraciones, en la Resolución nº 646/2019 apuntábamos de una parte que la división en lotes se configura como la regla general y la no división la excepción, si bien ello debe verse siempre en relación con la naturaleza y objeto del contrato. También, que la nueva LCSP no impide que la Administración configure el objeto del contrato atendiendo lo que sea más conveniente para las necesidades públicas que debe satisfacer.

En definitiva, hemos reconocido la discrecionalidad de que gozan los órganos de contratación a la hora de definir el objeto del contrato y su división en lotes, así como acerca de la apreciación de los motivos que se consideran válidos para decidir la no división en lotes, la cual debe quedar debidamente justificada en el expediente.

En el caso del contrato que aquí nos ocupa, la decisión de no dividir el contrato en lotes queda justificada, en primer lugar, en el apartado B del Anexo I al PCAP, donde se refleja lo siguiente:

"El Proyecto Básico y de Ejecución de construcción es un documento único. Aunque la construcción se refiere, funcionalmente, a la de un Centro de Salud, un Centro de Especialidades, un Aparcamiento subterráneo y un Centro de Entrega de Energía, la estructura portante y de cimentación es común para todos los servicios asistenciales indicados; es decir, se trata de una unidad constructiva aunque funcionalmente se trate de distintos usos; a modo de ejemplo, el aparcamiento subterráneo corresponde a los sótanos del resto de edificios.

No procede, en consecuencia, su división en lotes, dado que abarca una obra que no es susceptible de realización por capítulos independientes para su correcta puesta en funcionamiento, ya que podría ponerse en peligro la correcta ejecución del contrato, en caso de que se procediera a su división en lotes".

Además, hay que tener presentes las precisiones que, respecto de lo que ya consta en el citado Anexo, se recogen en el informe del órgano de contratación, en el que se desarrolla dicha justificación aludiendo, en primer término, al concepto de "*unidad funcional de la edificación*", en relación con lo cual se pone de relieve como la edificación proyectada es una unidad constructiva única, lo que se justifica indicando que la cimentación es única para todo el complejo, de forma que la estructura a ejecutar es una unidad extendida a toda la edificación cuya alteración puntual podría afectar al resto del conjunto. Se alude también a las cubiertas, señalando que su ejecución defectuosa de tendría un efecto inmediato tanto en la estanqueidad del edificio como en los requerimientos energéticos de demanda. Se concluye con ello en que la edificación es una unidad funcional única, de forma que los posibles lotes en los que se pudiera dividir el complejo no resultarían

unidades funcionales independientes susceptibles de poder ser utilizadas de manera diferenciada.

Adicionalmente, y en cuanto a las dificultades técnicas para la correcta ejecución del contrato derivadas de una eventual subdivisión en lotes, indica el informe que *“la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultaría la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico por cuanto que se trata de una edificación única sobre la base de un único sótano de aparcamiento y, además, la correcta ejecución del contrato de construcción de una única edificación implicaría la necesidad de coordinar desde la Administración la ejecución de las diferentes prestaciones objeto de los supuestos lotes (Cimentación, Estructura, Albañilería, Carpinterías, Instalación Eléctrica, Instalación de Fontanería, Instalación de Climatización, Gestión de Residuos, Control de Calidad, Seguridad, etc.) a ejecutar por una pluralidad de contratistas diferentes. Esta posibilidad exige que la administración dispusiera de los medios que dispone una empresa constructora para acometer obras de la envergadura correspondiente a la clasificación empresarial exigible a los licitadores, en este caso la máxima posible”*.

A la vista de todos estos razonamientos, atendiendo a la ya referida discrecionalidad de que gozan los órganos de contratación a la hora de definir el objeto del contrato y su división en lotes, entiende este Tribunal que en el presente caso queda suficientemente justificada la no división en lotes del objeto del contrato, al tratarse de una unidad funcional completa que no puede dividirse en lotes independientes ya que ello pondría en riesgo la correcta ejecución del contrato, encontrándonos ante el supuesto establecido en la letra b del apartado 3 del artículo 99 LCSP, sin que las alegaciones del recurrente, exclusivamente sustentadas en su particular criterio, permitan desvirtuar tal consideración.

Procederá por ello la desestimación del presente recurso.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. S. G. A., en representación de FULTON, S.A., frente a los pliegos rectores de la contratación de la “*Obra de Construcción del Centro de Salud "Campanar II" Centro de especialidades "Campanar", Aparcamiento y Centro de entrega de energía eléctrica dentro del Complejo Sanitario "Campanar-Ernest Lluch" (Antiguo Hospital La-Fe)*”, licitada por la Dirección General de Eficiencia y Régimen Económico de la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la Ley 9/2017.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.