

**Junta Consultiva de Contratación Administrativa**

CD

**INFORME 7/2016, RELATIVO A SI ES POSIBLE LICITAR DOS SERVICIOS DE TRANSPORTE DE FORMA SEPARADA O SI HAN DE LICITARSE CONJUNTAMENTE [Grupo 14].**

**ANTECEDENTES**

El Ilustre Ayuntamiento de Santa Úrsula, presenta con fecha 13 de junio de 2016, escrito por el que solicita el parecer de la Junta Consultiva de Canarias sobre la siguiente cuestión:

“El Ilustre Ayuntamiento de Santa Úrsula está interesado en licitar el servicio de transporte escolar para los estudiantes que asisten al IES de Santa Úrsula, que cubriría los cursos de tercero y cuarto de la ESO, Bachillerato y Ciclos formativos y los alumnos de primero y de segundo de la ESO que, por motivos de criterios de zona/kilometraje, no se ajustan al Transporte que ofrece la Consejería de Educación del Transporte de Canarias. Por parte de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad, Viceconsejería de Administración Pública, Servicio de Administración local, en relación a la solicitud del Ilustre Ayuntamiento de Santa Úrsula sobre inexistencia de duplicidad de competencias, en fecha 29 de octubre de 2014, emitió informe en el que incluía que no se aplicaba el procedimiento previsto en el artículo 7.4 de la Ley, pudiendo continuar con la presentación del mismo, siempre teniendo en cuenta las rutas que ya tenía contratadas la Consejería.

Por otro lado, en relación a las competencias que sobre promoción de la cultura y el deporte y el tiempo libre tiene este Ayuntamiento de conformidad con la nueva redacción del artículo 25 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, también está interesado en licitar dicho servicio, que consiste principalmente en el transporte de personas desde las distintas áreas del Ayuntamientos, tanto desde el punto de vista de deportes y juventud como de cultura, servicios sociales, fiestas y otras áreas.

Por lo expuesto la consulta que se solicita es si el Ayuntamiento puede licitar los dos servicios de forma separada o necesariamente tiene que licitarlos de forma conjunta como una sola licitación.”

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias, en sesión celebrada el 8 de julio de 2016 acuerda informar lo siguiente

**Junta Consultiva de Contratación Administrativa**

CD

**CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

Antes de entrar a analizar la cuestión planteada por el Ilmo. Ayuntamiento de Santa Úrsula, se ha de señalar que no es competencia de esta Junta informar sobre un expediente particular de contratación, ni sustituir las labores de asesoramiento jurídico de los órganos competentes.

Por el contrario, a esta Junta le compete dar respuesta a consultas jurídicas en el ámbito de la contratación pública que revistan un interés general. Consecuentemente, el pronunciamiento se va a limitar a señalar criterios jurídicos de carácter general sin entrar a dirimir controversias concretas.

**I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias para emitir el presente informe.**

El presente informe se emite con carácter facultativo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37.4 y 40 del Decreto 12/2004, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda de Canarias y el artículo 2.1 del Decreto 116/1986, de 26 de junio, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias.

**II. Discrecionalidad del órgano de contratación para configurar jurídicamente la licitación**

Es criterio reiterado en la doctrina que el órgano de contratación goza de discrecionalidad para configurar jurídicamente la licitación y contratación de dos o más prestaciones y decidir si para dar satisfacción a varias necesidades tramita uno o varios expedientes de contratación. El límite a esta discrecionalidad se encuentra en el principio de no división fraudulenta del objeto del contrato que preceptúa el artículo 86.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), al señalar: “2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.” En este sentido se pronuncian los Informes de la Junta Central de Contratación Administrativa 31/12, de 7 de mayo, 1/09, de 25 de septiembre o 12/2015, de 6 de abril, entre otros, pues el fraccionamiento del objeto del contrato supone la infracción de normas de “ius cogens”.

**Junta Consultiva de Contratación Administrativa**

CD

La finalidad de la prohibición del fraccionamiento contractual es evitar el fraude legal al eludir determinadas obligaciones en materia de publicidad y relativas a los procedimientos de adjudicación, las cuales dependen del valor estimado del contrato.

Sin embargo, no existe obligación de agrupar en un solo contrato prestaciones distintas por el simple hecho de que compartan la misma naturaleza jurídica y puedan ejecutarse de forma conjunta, si son independientes entre sí y es posible contratarlas de manera independiente y explotarlas en análogo sentido. En concreto, el informe 1/09, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva estatal consideró que para la realización de una campaña divulgativa, sería condición indispensable que ésta se realizara a través de diferentes medios de comunicación con el fin de lograr la máxima difusión. No existiría fraccionamiento del objeto del contrato si la campaña implicara la celebración de contratos independientes con medios de comunicación diferentes, y sí en el caso de que la contratación se llevara a cabo con la sociedad matriz del grupo pero dividiendo en contratos independientes la actividad correspondiente a cada uno de los medios. Y sin perjuicio de que la no división en lotes de un contrato no implica en sí misma una 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 la contratación, siempre podrán concurrir en unión temporal de empresas (Resolución núm. 657/2014, de 12 de septiembre TARC)

Es más, el Informe 31/2012, de 7 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado señalaba que *“Cuando conforme al criterio anteriormente expuesto proceda integrar en un solo contrato dos o más prestaciones, sólo cabrá la división en lotes si concurre alguno de los supuestos legalmente previstos en el apartado tercero del artículo 86 del TRLCSP. En estos supuestos hay dos, el primero de ellos se refiere a la necesidad de que cada lote sea susceptible de utilización o aprovechamiento separado y constituya por sí solo una unidad funcional y el segundo, es el relativo a la naturaleza del objeto del contrato, el cual deberá interpretarse en el sentido de que se permitirá la división en lotes cuando de las propias cláusulas del contrato o la finalidad que se pretende conseguir con él, así lo exijan.”*

**Junta Consultiva de Contratación Administrativa**

CD

A *sensu contrario*, el tratamiento unitario de todas estas prestaciones que contengan un beneficio para el interés público, debe decaer cuando la contratación por separado produce un beneficio mayor o cuando la separación sea exigida por una disposición legal.

Por su parte, el informe 1/2009, de 25 de septiembre de 2009 de la misma Junta Estatal disponía que *“reiteradamente ha puesto de manifiesto esta Junta que aún cuando los objetos de dos o más contratos sean semejantes pero independientes entre sí, no hay razón para considerar lo dispuesto en el artículo 74.2, de conformidad con el cual “no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad y los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.”* (hoy la mención debe entenderse hecha al artículo 86 TRLCSP).

El Informe 69/2009, de 31 de marzo de la Junta Estatal, definía el fraccionamiento del contrato de la siguiente manera: *“ (...) Es decir, 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 (o partes de prestaciones). Así se desprende sin lugar a dudas de la propia Ley de Contratos del Sector Público que en su apartado 3, se refiere a que “cuando el objeto del contrato admita el fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.*

*Este artículo resulta especialmente revelador pues admite que el objeto de un contrato pueda fraccionarse y dividirse en lotes las diferentes partes de la prestación siempre que sean susceptibles de utilización o aprovechamiento por separado y constituyan por sí solas una unidad funcional. Quiere decir ésto que si se admite la posibilidad de que las partes de una prestación puedan ser tratadas separadamente, desde el punto de vista contractual, cuando cumplan los dos requisitos mencionados, con mucha más razón deberá admitirse que sean objeto de contratación por separado dos prestaciones que ni siquiera forman por sí mismas una unidad.”*

**Junta Consultiva de Contratación Administrativa**

CD

Según afirma el Informe de la Junta Estatal 1/09 *“Existirá fraccionamiento del objeto contractual siempre que se den los requisitos del artículo 74.2, es decir, que el objeto por su propia naturaleza no admita que determinadas partes del mismo sean susceptibles de contratación por separado y que el fraccionamiento no se lleve a cabo con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.*

*No concurriendo estos requisitos debe entenderse que se trata de objetos independientes que, por tanto, pueden ser tratados desde el punto de vista contractual de forma independiente.*

*De no ser así, evidentemente no cabe fraccionamiento”.*

Consecuentemente, la posibilidad de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí, deberá ser la idea de que constituyen una unidad operativa o funcional, es decir, si son elementos 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. En el caso de que constituyan una unidad operativa estaremos ante un fraccionamiento.

Como ya se ha señalado anteriormente, no todo fraccionamiento es contrario al ordenamiento jurídico, pues se permiten aquellos que cumplen con los requisitos previstos en el artículo 86.3 *in fine*.

La doctrina relativa al fraccionamiento, incide en la existencia o no de identidad de sujeto, objeto y causa, -elementos de todo contrato, según art. 1261 Código Civil- en las distintas prestaciones. Habrá un único contrato cuando haya coincidencia en los elementos sujeto, objeto y causa; sin embargo, habrá que suscribir contratos diferentes cuando la ejecución adecuada de la prestación a realizar motive que uno de estos tres elementos varíe.

La Junta Consultiva de Canarias, en su Informe 1/2010, señalaba que “no existirá fraccionamiento fraudulento del objeto contractual cuando, después de haberse realizado un primer contrato, se tenga que volver a contratar con el mismo contratista la misma prestación debido a una necesidad nueva, no previsible en el momento de realizar el primer

**Junta Consultiva de Contratación Administrativa**

CD

contrato”, ya que en este caso, a pesar de ser el objeto y los sujetos coincidentes, la causa es diferente.

También se han de considerar los factores eficacia y eficiencia en la ejecución de las prestaciones y aprovechar las economías de escala. Así, la Resolución núm. 188/2011, de 20 de julio del TARC admitió que, aunque las prestaciones pudieran ser unidades independientes, podrá hacerse valer un componente práctico, al margen de concurrir una optimización de la ejecución global del contrato, en tanto que necesario y práctico será prestar servicio de seguridad de edificios, junto al de protección de incendios o el de mantenimiento de extintores, pues son actividades muy relacionadas.

**III. Directiva 2014/24/UE**

Esta Directiva, en vigor desde el pasado 18 de abril del presente año, introduce una previsión novedosa en el cálculo del valor estimado. La decisión del órgano de contratación de optar entre tramitar un único expediente de contratación o varios, dejando a un lado la posibilidad de dividir en lotes el objeto contractual, cuestión que es relevante a efectos del cumplimiento de las obligaciones de publicidad (art. 5.2 de la Directiva 2014/25/UE), dejará de tenerla, una vez el precepto sea transpuesto a nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, incorpora la Directiva la división por lotes en su artículo 46 al perseguir “facilitar la participación de las PYMES en la contratación (Considerando 2) y que “debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de la PYME (...)”. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes (...)”, salvo cuando “ (...) 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 (considerando 78).

**IV.- Artículo 86.3 TRLCSP**

Finalmente, si el órgano de contratación decide tramitar un único expediente de contratación, debe dilucidar a continuación si procede o no la división por lotes, conforme al artículo 86.3 TRLCSP. Este precepto permite la realización independiente de cada una de

**Junta Consultiva de Contratación Administrativa**

CD

las partes del objeto del contrato mediante su división en lotes y por lo tanto, mediante la celebración de una pluralidad de contratos siempre que el objeto admita fraccionamiento, por ser posible su tratamiento contractual y explotación por separado.

Esta interpretación generosa del artículo 86.3 TRLCSP se encuentra en consonancia con la Estrategia Europa 2020, que, entre otras cuestiones, ha perseguido favorecer la contratación de las PYMES, y a través del nuevo paquete comunitario de contratación se ha buscado el fomento de la licitación por lotes.

**V. CONCLUSIONES**

La regla general es que corresponde al órgano de contratación la discrecionalidad de decidir si para dar satisfacción a varias necesidades tramita uno o varios expedientes de contratación. Discrecionalidad que encuentra su límite en lo previsto en el artículo 86.2 del TRLCSP, es decir, cuando pueda hablarse de “fragmentación”, como tal, esto es cuando entre las diferentes prestaciones exista un vínculo operativo.

El objeto del contrato ha de estar integrado por aquellas prestaciones que estén vinculadas entre sí por razón de su unidad funcional impuesta por una mejor gestión de los servicios públicos. Ahora bien, este tratamiento unitario del objeto del contrato debe decaer si la contratación por separado produce un beneficio mayor, o si así lo exige una disposición legal.

No existe obligación de agrupar en un solo contrato prestaciones distintas por el simple hecho de que compartan la misma naturaleza jurídica y puedan ejecutarse de forma conjunta, si son independientes entre sí y es posible contratarlas de manera independiente y explotarlas en análogo sentido. De esta forma, habrá un único contrato cuando haya coincidencia en los elementos sujeto, objeto y causa; sin embargo, habrá que suscribir contratos diferentes cuando la ejecución adecuada de la prestación a realizar motive que uno de estos tres elementos varíe.

Si se decide tramitar un único expediente de contratación, a continuación, el órgano de contratación deberá determinar si procede o no la división en lotes del objeto del contrato (art. 86.3 TRLCSP y artículo 46 Directiva 2014/24/UE, división que se convierte en norma general).