

INFORME 1/2002, DE 19 DE ABRIL, SOBRE LAS POSIBILIDADES DE LICITACIÓN EN LOS CONTRATOS DIVIDIDOS EN LOTES.

ANTECEDENTES

El Gerente del Organismo Autónomo Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid (ICM) solicita informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en los siguientes términos:

En los expedientes de contratación tramitados por este O.A, en los que el objeto del contrato admite su fraccionamiento en lotes en virtud de lo dispuesto en el art. 68.3 del T.R.L.C.A.P., se ha venido incluyendo una cláusula del siguiente tenor:

En cuanto a la adjudicación de los diferentes lotes, por razones de tipo organizativo y a efectos de evitar situaciones de dependencia de un solo adjudicatario, en aquellos casos en que se hayan previsto lotes de igual contenido, se adjudicarán lote a lote de forma sucesiva de acuerdo con los criterios de adjudicación, de forma que, una vez elegido el adjudicatario de uno de ellos, dicho adjudicatario quedará fuera del proceso de selección mientras no se adjudiquen otros dos lotes de igual contenido a un adjudicatario diferente.

La inclusión de esta cláusula en diferentes contratos ha buscado la finalidad de facilitar una mayor concurrencia de licitadores y de minimizar riesgos de probables incumplimientos debidos a la dificultad de mantenimiento de grandes equipos de trabajo asociados a los servicios objeto del contrato.

Para garantizar todo esto y evitar la adjudicación a un empresario de una parte del contrato que por sus dimensiones muy probablemente no pueda ejecutar sin dificultades, se han venido adjudicando los lotes con este criterio, que ha resultado muy eficaz en cuanto a la ejecución del contrato y que en ningún caso ha sido motivo de impugnación al tener conocimiento del mismo todos los licitadores, por figurar en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que lo rige.

La referida cláusula figura en diversos contratos cuyos expedientes han sido informados favorablemente, incluso en algunos casos por la Intervención General.

Recientemente se ha tramitado un expediente en el que se ha incluido la cláusula citada con distinta redacción, de tal forma que si el adjudicatario de un lote mejora en

un 20% a las otras ofertas no queda excluido en los lotes siguientes, evitando así la exclusión automática:

En cuanto a la adjudicación de los diferentes lotes, por razones de tipo organizativo y a efectos de evitar situaciones de dependencia de un solo adjudicatario, se adjudicarán lote a lote de forma sucesiva comenzando por el lote número 1, valorando las ofertas en cada uno de ellos de acuerdo con los criterios de adjudicación. Para cada lote se seleccionará la mejor oferta, excluyendo las correspondientes a adjudicatarios de lotes anteriores, siempre y cuando la oferta mejor posicionada, hechas las exclusiones según este criterio, no sea inferior en un 20 % a la mejor puntuación de las ofertas excluidas o bien el lote quedase desierto una vez hechas las exclusiones de adjudicatarios de lotes anteriores.

Ante la discrepancia de criterio entre la Intervención General y este Organismo la cláusula ha sido suprimida.

En este caso, al tratarse de tres lotes, las posibilidades de adjudicar a un solo contratista son muchas, por lo que debe entenderse que la finalidad del fraccionamiento del objeto del contrato perderá su sentido.

Se suscita ahora la duda sobre la interpretación que debe hacerse sobre la citada cláusula y en concreto, en qué casos y bajo qué condiciones puede ser incluida en los próximos contratos que este O.A. tiene proyectado tramitar y que por su importancia y trascendencia pueden resultar afectados, teniendo en cuenta que a criterio de este Organismo el procedimiento de selección al amparo de la referida cláusula, no entra en contradicción con lo establecido en el artículo 88 del T.R.L.C.A.P.

Este criterio resulta avalado por la redacción que del modelo de anuncio de licitación de los contratos de obras para su publicación en el D.O.C.E., contiene el ANEXO VII apartado A), B, 3 c), del Real Decreto 390/96, según la Directiva 93/37 CEE, de 14 de junio, "DOCE".

Si se tiene en cuenta que prevé la posibilidad de limitar la licitación para uno, varios o todos los lotes por parte de la Administración, hay que entender que introducir una relativa limitación en la adjudicación, cuando se ha incluido en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, no debe considerarse lesivo para los intereses de los licitadores.

Por ello y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 4/1996 por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid, se formula la siguiente consulta:

Si las cláusulas señaladas, o cuál de ellas, pueden incluirse en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de los contratos cuyo objeto se fraccione por lotes, para establecer un procedimiento de adjudicación que garantice el reparto de riesgos entre los adjudicatarios y su correcta ejecución.

CONSIDERACIONES

1.- Con carácter previo al examen de la cuestión suscitada, es necesario precisar que entre las funciones atribuidas a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa por su Reglamento de Régimen Orgánico y Funcional, aprobado por Decreto 4/1996, de 18 de enero, no se encuentra la de dirimir las controversias suscitadas entre los diferentes órganos de la Administración, ya que esta Junta no puede ocupar ni sustituir las competencias atribuidas a otros órganos. Por ello esta Comisión Permanente va a limitarse a realizar consideraciones generales sobre la posibilidad de incluir las cláusulas propuestas en la consulta en los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación de contratos divididos en lotes.

2.- La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante LCAP), contempla los lotes exclusivamente desde la perspectiva de los efectos que puede producir el fraccionamiento del objeto de los contratos. Así, el artículo 68 parte de la regla general de no división, disponiendo que el expediente deberá abarcar la totalidad del objeto y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para ello; a continuación impone la prohibición de fraccionar un contrato con el fin de disminuir su cuantía y eludir así los requisitos de publicidad, procedimiento o forma de adjudicación que corresponda; y finalmente admite la posibilidad de fraccionamiento en lotes, siempre que se justifique debidamente en el expediente y que cada una de las partes sea susceptible de utilización o aprovechamiento separado o así lo exija la naturaleza del objeto.

Los demás preceptos que la LCAP dedica a los lotes, artículos 136 y 204, se limitan a trasponer las normas de las Directivas comunitarias, fijando las reglas que han de seguirse para la publicidad de las licitaciones en estos casos. Salvo a estos efectos, no

contiene la Ley ni sus normas de desarrollo previsiones especiales sobre la licitación y adjudicación de los lotes, con la única excepción de la contenida en el punto 8 del artículo 244 del Reglamento General de Contratación del Estado (RGCE) al regular el contenido de los pliegos de bases de los contratos de suministro, previsión que extiende el artículo 67 del nuevo Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, que entrará en vigor el 26 de abril de 2002, también a los de consultoría y asistencia y los de servicios, en los siguientes términos: “posibilidad de licitar, en su caso, por la totalidad del objeto del contrato o por los lotes que se establezcan”, de manera que la inclusión en los pliegos de esta posibilidad permite a la Administración decidir si los empresarios pueden optar a la totalidad del contrato o a los lotes establecidos.

3.- En los contratos públicos la Administración define en el pliego de cláusulas administrativas particulares los derechos y obligaciones de las partes, debiendo determinar, entre otras cosas, el procedimiento que se seguirá para la adjudicación. El órgano de contratación podrá, al amparo del principio de libertad de pactos que reconoce el artículo 4 de la LCAP, “(...) concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración (...)”. En este sentido no es posible incluir en los pliegos pactos contrarios a los principios que en todo caso deben regir la contratación de las Administraciones Públicas como son los de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, recogidos expresamente en el apartado 1 del artículo 11 de la LCAP, salvo las excepciones previstas en la misma. La Ley establece en efecto ciertas limitaciones a la libertad de concurrencia, entre las que cabe citar las derivadas de la falta de capacidad, la insuficiencia de solvencia y/o clasificación y las prohibiciones de contratar de las empresas, así como las establecidas para los procedimientos restringidos y negociados.

4.- La cláusula que constituye el objeto de la consulta establece que se adjudicarán de forma sucesiva, lote a lote, las partes en que se divide el objeto del contrato y prevé la exclusión de las ofertas de los licitadores que hubieran resultado adjudicatarios de lotes anteriores, basando este criterio de exclusión en “motivos organizativos y a efectos de evitar situaciones de dependencia de un solo adjudicatario”.

Tal exclusión no se encuentra prevista en la LCAP. Es difícil justificar la exclusión de proposiciones de empresarios admitidos a la licitación y que han acreditado cumplir los requisitos exigidos por el artículo 15 de la LCAP, esto es, tener plena

capacidad de obrar, contar con la solvencia económica, financiera y técnica o profesional requerida o, en su caso, la clasificación que corresponda y no encontrarse incurso en las causas de prohibición previstas en el artículo 20 de la misma. Si los licitadores han acreditado la necesaria solvencia económica, financiera y técnica o profesional o la clasificación exigida para poder ejecutar los lotes a que concurren, no puede presumirse de antemano que el contrato no vaya a ser cumplido satisfactoriamente para la Administración.

Por otra parte, criterios de carácter organizativo o de oportunidad de la Administración, no pueden primar sobre los principios generales de la contratación legalmente previstos, entre otros el de libre concurrencia.

Puede ocurrir además que una de las proposiciones excluidas sea, aplicando los criterios establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, la más ventajosa para el lote en que no se la considera, lo que podría conducir a que la adjudicación de dicho lote no se realizase a favor de la oferta más ventajosa como exige el artículo 88 de la LCAP.

La Administración dispone de medios para conseguir una correcta selección de contratistas que sean capaces de ejecutar adecuadamente los contratos. Uno de ellos es determinar en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares los sistemas que considere más adecuados para acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional de los empresarios, lo que tendrá lugar mediante la clasificación, en los casos en que es exigible, o por los medios que establecen los artículos 16 a 19 de la LCAP. Además, en los contratos de consultoría y asistencia y en los de servicios se exigirá a los licitadores la acreditación de que disponen de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato. Por otra parte, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que modifica determinados preceptos de la LCAP, ha venido a reforzar los elementos de juicio con que puede contar la Administración para decidir la selección de los licitadores. En efecto, se añade un párrafo a su artículo 15.1, en el que se introduce la posibilidad de que, además de la clasificación procedente, el órgano de contratación pueda exigir, haciéndolo constar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que los candidatos o licitadores completen en la fase de selección la acreditación de su solvencia mediante el compromiso de adscribir a la ejecución los medios personales o materiales suficientes para ello, que deberán concretar en su candidatura u oferta.

Precisamente la concreción de los medios que el licitador se comprometa a

adscribir a la ejecución de cada lote puede ser uno de los elementos que permitan apreciar falta de capacidad o si la proposición no puede ser cumplida de forma satisfactoria.

Otro de los medios para conseguir la selección de contratistas con capacidad para ejecutar adecuadamente el objeto del contrato sería el de acudir al procedimiento restringido previsto en el artículo 91 de la LCAP.

Cabe añadir que cuando se trata de concurso el órgano de contratación tiene facultades para adjudicarlo o declararlo desierto, motivando la resolución con referencia a los criterios de adjudicación. También en los concursos se puede hacer uso de las posibilidades que el artículo 86 de la LCAP en sus apartados 2 y 3, respectivamente, prevén sobre la valoración de los criterios, pudiendo establecer un “umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar el proceso selectivo” o expresar “los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias”.

5.- Como se ha indicado en la consideración segunda, las disposiciones en materia de contratos públicos determinan la inclusión en los pliegos de la referida mención de “posibilidad de licitar, en su caso, por la totalidad del objeto del contrato o por los lotes que se establezcan”.

Si junto a ello consideramos el contenido de los modelos de anuncios para publicación en el DOCE a que se alude en el escrito de consulta, se concluye que el órgano de contratación podrá establecer determinados límites fijando reglas de participación para ciertos lotes o indicando el número máximo de ellos a los que se permite licitar. Dichos modelos figuran como anexo VII del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, y en los mismos ha de indicarse, tanto en procedimientos abiertos como negociados o restringidos, lo siguiente:

- Apartado A relativo al contrato de obras: “(...) c) si la obra o contrato está fraccionado en varios lotes, el orden y magnitud de los diferentes lotes y la posibilidad de licitar para uno, varios o el conjunto de los lotes”.

- Apartado B relativo a contratos de suministro en procedimientos abiertos y restringidos: “(...) 3. c) indicaciones relativas a la posibilidad de que los proveedores presenten propuestas para determinadas partes de los suministros requeridos” y en procedimientos negociados: “3. c) indicaciones relativas a la

posibilidad de que los proveedores liciten por determinada parte de los suministros requeridos”

- Apartado C) relativo a contratos de consultoría y asistencia y de servicios en procedimientos abiertos, restringidos y negociados: “(...) 5. Posibilidad de que los prestadores de servicios liciten para una parte de los servicios de que se trate”.

Asimismo en el anexo VIII.2 del RGLCAP el modelo de anuncio de contratos previsto, aplicable a obras, suministros, consultorías y asistencias y servicios prevé en su apartado II, objeto del contrato, II.1.9 división en lotes, lo siguiente: Indíquese si pueden presentarse ofertas para: “un lote”, “varios lotes”, “todos los lotes”.

Las limitaciones en la fase de licitación, como excepciones a la libre competencia, sólo habrán de admitirse en supuestos debidamente justificados. La propia LCAP contempla algunos casos, como los recogidos en el artículo 52.3 al disponer que “(...) no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas relativas a dichos contratos (...)”, o en el artículo 197.2 que establece que “los contratos de consultoría y asistencia que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de obras e instalaciones, (...) no podrán adjudicarse a las mismas empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos de obras ni a las empresas a éstas vinculadas (...)”. Podrían así mismo presentarse otros supuestos en que por razones objetivas y debidamente justificadas en el expediente de contratación, resulte necesario o conveniente para los intereses públicos establecer ciertas reglas o limitaciones de participación a los lotes en que se divida el objeto del contrato, que el órgano de contratación deberá consignar en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato. Mas esta es una cuestión distinta a la que se plantea en las cláusulas objeto de consulta, en virtud de las cuales se desechan proposiciones válidamente presentadas y admitidas a licitación.

6. Las anteriores consideraciones han de entenderse referidas a las dos cláusulas sobre las que el organismo consultante solicita el pronunciamiento de esta Junta Consultiva, ya que la matización de tipo porcentual que se incluye en la segunda no altera la sustantividad de los efectos que ambas pueden producir.

CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

Que la selección de contratistas debe garantizar el trato de igualdad a todos los que reuniendo los requisitos de capacidad y solvencia acudan a la licitación, por lo que la exclusión de licitadores por haber resultado adjudicatarios de otros lotes, causa que no se encuentra entre las establecidas en la LCAP, no se considera conforme a los principios de concurrencia y de igualdad a que debe sujetarse la actuación de la Administración Pública, como dispone el artículo 11.1 de la citada Ley. Además, la adjudicación de los contratos debe realizarse con criterios objetivos a favor del contratista cuya oferta resulte más ventajosa para los intereses públicos, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 88 de la LCAP. Por todo ello, no se consideran ajustadas a dicha Ley las cláusulas objeto de consulta.