



*Jornada sobre la gestión
de los Fondos Europeos
desde el desarrollo de
iniciativas enmarcadas en
el ámbito local*

Madrid, 12 de julio de 2018

**INFORMES EMITIDOS POR
ÓRGANOS CONSULTIVOS EN
RELACIÓN CON LA
REGULACIÓN DE LOS
CONTRATOS MENORES EN LA
LEY 9/2017, DE 8
DENOVIEMBRE, DE
CONTRATOS DEL SECTOR
PÚBLICO.**

INFORMES EMITIDOS POR ÓRGANOS CONSULTIVOS EN RELACIÓN CON LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS MENORES EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

Estado: Informes n.º 41/2017 y n.º 42/2017, de 2 de marzo de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Andalucía: Informe n.º 6/2018, de 12 de julio de 2018, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía.

Aragón: Informe n.º 3/2018, de 13 de febrero de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Cataluña: Informe n.º 1/2018, de 20 de abril de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

Galicia: Informe n.º 1/2018, de 25 de abril de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Xunta de Galicia.

Madrid: Informe n.º 1/2018, de 11 de abril de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

País Vasco: Recomendación n.º 1/2018, de 11 de abril de 2018, de la Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno Vasco.

Comunidad Valenciana: Informes n.º 4/2018 y n.º 8/2018, de 15 de junio de 2018, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana.



Expediente 41/2017. Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP.

Clasificación del informe: 14. Procedimiento de adjudicación. 14.3. Contratos menores.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Baeza dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado solicitando que se emita informe en los siguientes términos:

“La nueva ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, en su artículo 118.3 sobre los contratos menores indica literalmente que “En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168. a) 2º”

Se solicita a la Junta Consultiva la emisión de un dictamen sobre cómo debe interpretarse la expresión siguiente: “En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”. Sin perjuicio de que la Junta informe lo que estime pertinente, se le solicita que aclare expresamente si:



-Esta expresión opera como un límite absoluto, de tal manera que ningún contratista puede suscribir más de un contrato menor, se entiende que por ejercicio presupuestario –la ley no lo indica-, con independencia de que se trate de objetos radicalmente independientes.

- Si por el contrario, y dada la sistemática de dicha expresión, debe entenderse que es a los efectos de evitar el fraccionamiento indebido del objeto del contrato menor del que se trate, de tal manera que nada obstaculizaría que el mismo contratista suscriba con el Ayuntamiento diversos contratos menores, siempre que aplicando las reglas generales en materia de contratación administrativa se trate de contratos con objetos distintos nítidamente y no se trate de prestaciones periódicas y repetitivas."

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El objeto de la presente consulta consiste en determinar el sentido que ha de darse a la nueva regla que, en relación con los contratos menores, se contiene en el artículo 118.3 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. El meritado precepto, novedoso en relación con lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, establece lo siguiente:

"En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a) 2º."



De la redacción transcrita se deduce que en el expediente de contratación propio de los contratos menores habrá que justificar la concurrencia de dos circunstancias:

- Que el objeto del contrato no se modifica de forma fraudulenta, de modo que aquél se mantiene incólume a los efectos de evitar un indebido fraccionamiento del contrato cuya finalidad sea prescindir de la aplicación de las reglas generales de la contratación pública. Tal efecto es el propio de la fragmentación artificiosa del contrato con el fin de cumplir con los umbrales que permiten acudir al contrato menor, obviando injustificadamente la aplicación de las reglas sobre publicidad y requisitos para contratar en los contratos de cuantía superior.
- Que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido.

2. Es precisamente en este último punto donde surge la duda a la entidad consultante. La interpretación literal de esta condición llevaría a la conclusión de que, una vez realizado un contrato menor por un contratista, éste ya no podría volver a ejecutar otro contrato menor si con ello supera el límite definido en el precepto sin que, por otro lado, la ley limite el periodo o el tipo de contrato a que se refiere la citada limitación. Tal conclusión representa un exceso sobre la finalidad de la norma en sí misma porque supone una restricción exagerada del propio principio de concurrencia, produciendo un resultado completamente irregular. En este sentido, si bien es cierto que en el marco de la contratación directa singularizada que representa el contrato menor la concurrencia no es un principio exigible en la selección del contratista, en el conjunto de contratos menores que se pueden adjudicar en un determinado ente público a lo largo del tiempo la limitación que aneja la



interpretación literal del precepto resulta desproporcionada, al impedir de manera absoluta el acceso a otros contratos menores a aquellos que ya hayan ejecutado uno anteriormente y superen el umbral legal.

Por esta razón es menester acudir a otros criterios de interpretación de los contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil y, entre ellos, en este caso en particular al espíritu y finalidad que la norma descrita persigue en su conjunto. Bajo esta premisa parece claro que la interpretación separada de los dos requisitos que cita el precepto conduce al absurdo, tal como hemos expuesto, de modo que procedería considerar ambas condiciones como cumulativas y conectadas con un fin último coincidente. Como hemos visto, tal fin es precisamente la proscripción de la división arbitraria del contrato con la finalidad de defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor, lo que resulta plenamente congruente con el contenido de la segunda condición que venimos tratando en la medida en que la forma habitual de fraude consiste, en este caso, en la realización sucesiva de contratos menores con el mismo objeto exactamente, esto es, refiriéndose a un contrato que debió ser tratado como una unidad tanto en el aspecto económico como en el aspecto jurídico.

Esta interpretación permite lograr con facilidad la finalidad perseguida por la norma, pero impide que un excesivo rigorismo en su interpretación conduzca a resultados tales como la imposibilidad de ejecutar sucesivos contratos menores por parte de un operador económico en varios supuestos:

- cuando sus objetos sean cualitativamente distintos o



- cuando, siendo las prestaciones que constituyen su objeto equivalentes, no haya duda alguna de que no constituyen una unidad de ejecución en lo económico y en lo jurídico.

También cabe, mediante esta interpretación, limitar la posibilidad de fraude cuando cualitativamente las prestaciones que constituyen los objetos de los diferentes contratos menores puedan parecer desgajadas sustantivamente entre sí, pero se pueda comprobar que constituyen una unidad en su conjunto. Esta circunstancia puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de que se contraten separadamente prestaciones correspondientes a la construcción o fabricación de un mismo bien de suerte que, de haberse considerado una unidad, habría tenido que licitarse un único contrato sujeto a unas condiciones de concurrencia y publicidad más estrictas.

3. Es evidente, a juicio de este órgano consultivo, que cuando el legislador alude a la no existencia de un contrato menor anterior con la misma entidad contratista que, individual o conjuntamente supere los umbrales, la finalidad de la norma es proscribir la posibilidad de que se pueda burlar el límite cuantitativo del contrato menor mediante una actitud opaca que caracterice los sucesivos contratos como independientes entre sí, ocultando el conocimiento de la verdadera unidad existente entre todos ellos. Por eso, la mención contenida en la ley a esta segunda condición no se convierte en baladí o innecesaria en modo alguno. Por el contrario, llama la atención del exégeta sobre la necesidad de que el órgano de contratación (en el sentido que marca la ley en el artículo 101.6) evite la realización de esta conducta mediante la celebración sucesiva de contratos menores cuyo objeto deba considerarse como una unidad.



Por esta razón, la exigencia de que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido debe interpretarse de modo que lo que la norma impide no es que se celebren otros contratos menores por el mismo operador económico sin límite alguno, sino que la conducta prohibida y que, por consecuencia, debe ser objeto de la necesaria justificación, consiste en que se celebren sucesivos contratos cuyas prestaciones constituyan una unidad y cuya fragmentación resulte injustificada en dos supuestos: bien por haber existido un previo contrato de cuantía superior al umbral y que, sin embargo, se desgaja sin motivo en otros contratos menores posteriores con prestaciones que debieron formar parte del primer contrato, o bien porque esto se haga fraccionando indebidamente el objeto en sucesivos contratos menores.

4. Por lo que hace al límite temporal de estas condiciones, cuestión no consultada expresamente pero que se deriva necesariamente del conjunto del precepto, parece razonable que si entendemos la conducta prohibida por el precepto en términos flexibles, tal como venimos sosteniendo en este dictamen, valoremos la posible existencia de un límite temporal para evitar que la prohibición, y la necesidad de justificación en el expediente que anuda, pueda considerarse indefinida.

Pues bien, tal límite temporal debe ser el que la propia ley marca en el artículo 29 respecto de la duración de los contratos menores. De esta manera, por encima de este periodo de un año, la prevención que se establece en la norma resultaría inaplicable fuera de los supuestos en que, a pesar del tiempo transcurrido, existiese un auténtico fraude. Bajo este criterio, por tanto, si la separación entre los contratos menores excede de un año, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una mayor justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor.



Finalmente, cabe señalar que este plazo debe contarse desde el momento de la aprobación del gasto a que se alude en el mismo artículo 118. Otra opción, como el cómputo por año natural no tendría mucho sentido para los contratos ejecutados al final del mismo y se trataría de una opción convencional y menos segura jurídicamente.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes conclusiones:

- El artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar en el expediente de contratación de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor.
- Esta conducta defraudadora queda prohibida en la ley cualquiera que sea el momento en que se produzca.
- La ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma.



- Cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes haya mediando más de un año, contado desde la aprobación del gasto, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una ulterior justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor.



Expediente 42/2017. Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP.

Clasificación del informe: 14. Procedimiento de adjudicación. 14.3. Contratos menores.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Andújar dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado solicitando que se emita informe en los siguientes términos:

“Este Ayuntamiento procede a la adaptación a la nueva 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.

Existen en su articulado preceptos que generan a los servicios jurídicos dudas interpretativas que trasladan a esta Alcaldía para, a su vez, sean planteadas a ese órgano de consulta en materia de contratación pública, Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, al objeto de obtener un criterio de interés general que nos permita actuar con la mayor seguridad y precisión jurídica en el proceso práctico de adaptación normativa.

Por ello, de conformidad con el 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 (LCSP) y el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, vengo en formular la siguiente consulta:



En la tramitación de los expedientes de contratos menores el artículo 118 LCSP exige una cierta actividad administrativa que supone limitaciones en su utilización, así por ejemplo el apartado tercero dispone que "en el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2º."

Y por su parte, el artículo 118.1 segundo párrafo LCSP exige "en los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan".

A).-La no superación por contratista, individual o conjuntamente, cómo debe interpretarse? ¿Qué plazo temporal hay que tomar en consideración para aplicar ese límite? ¿Cómo queda constancia por el órgano de contratación de la comprobación del cumplimiento de dicha regla?

B).-Respecto al informe de necesidad del órgano de contratación, ¿cabría hacer una interpretación amplia de ese requisito para considerar que la concejalía proponente del gasto sea quien informe la necesidad? Resulta contrario a un racional principio de eficacia y simplificación administrativa que en cada contrato menor deba un Alcalde informar la necesidad de la contratación y, por ejemplo, a nivel estatal un Ministro, un Secretario de Estado o un Subsecretario.



En caso de ser preceptivo el pronunciamiento del órgano de contratación, ¿se podría materializar esa necesidad mediante una providencia de Alcaldía de inicio de expediente, con lo que sería similar a la iniciación general de los expedientes en el artículo 116 LCSP?”

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El objeto de la presente consulta, en su primer apartado, consiste en determinar el sentido que ha de darse a la nueva regla que, en relación con los contratos menores, se contiene en el artículo 118.3 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.

El meritado precepto, novedoso en relación con lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, establece lo siguiente:

“En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a) 2º.”

De la redacción transcrita se deduce que en el expediente de contratación propio de los contratos menores habrá que justificar la concurrencia de dos circunstancias:



- Que el objeto del contrato no se modifica de forma fraudulenta, de modo que aquél se mantiene incólume a los efectos de evitar un indebido fraccionamiento del contrato cuya finalidad sea prescindir de la aplicación de las reglas generales de la contratación pública. Tal efecto es el propio de la fragmentación artificiosa del contrato con el fin de cumplir con los umbrales que permiten acudir al contrato menor, obviando injustificadamente la aplicación de las reglas sobre publicidad y requisitos para contratar en los contratos de cuantía superior.
- Que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido.

2. Es precisamente en este último punto donde surge la duda a la entidad consultante. La interpretación literal de esta condición llevaría a la conclusión de que, una vez realizado un contrato menor por un contratista, éste ya no podría volver a ejecutar otro contrato menor si con ello supera el límite definido en el precepto sin que, por otro lado, la ley limite el periodo o el tipo de contrato a que se refiere la citada limitación. Tal conclusión representa un exceso sobre la finalidad de la norma en sí misma porque supone una restricción exagerada del propio principio de concurrencia, produciendo un resultado completamente irregular. En este sentido, si bien es cierto que en el marco de la contratación directa singularizada que representa el contrato menor la concurrencia no es un principio exigible en la selección del contratista, en el conjunto de contratos menores que se pueden adjudicar en un determinado ente público a lo largo del tiempo la limitación que aneja la interpretación literal del precepto resulta desproporcionada, al impedir de manera absoluta el acceso a otros contratos menores a aquellos que ya hayan ejecutado uno anteriormente y superen el umbral legal.



Por esta razón es menester acudir a otros criterios de interpretación de los contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil y, entre ellos, en este caso en particular al espíritu y finalidad que la norma descrita persigue en su conjunto. Bajo esta premisa parece claro que la interpretación separada de los dos requisitos que cita el precepto conduce al absurdo, tal como hemos expuesto, de modo que procedería considerar ambas condiciones como cumulativas y conectadas con un fin último coincidente. Como hemos visto, tal fin es precisamente la proscripción de la división arbitraria del contrato con la finalidad de defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor, lo que resulta plenamente congruente con el contenido de la segunda condición que venimos tratando en la medida en que la forma habitual de fraude consiste, en este caso, en la realización sucesiva de contratos menores con el mismo objeto exactamente, esto es, refiriéndose a un contrato que debió ser tratado como una unidad tanto en el aspecto económico como en el aspecto jurídico.

Esta interpretación permite lograr con facilidad la finalidad perseguida por la norma, pero impide que un excesivo rigorismo en su interpretación conduzca a resultados tales como la imposibilidad de ejecutar sucesivos contratos menores por parte de un operador económico en varios supuestos:

- cuando sus objetos sean cualitativamente distintos o
- cuando, siendo las prestaciones que constituyen su objeto equivalentes, no haya duda alguna de que no constituyen una unidad de ejecución en lo económico y en lo jurídico.



También cabe, mediante esta interpretación, limitar la posibilidad de fraude cuando cualitativamente las prestaciones que constituyen los objetos de los diferentes contratos menores puedan parecer desgajadas sustantivamente entre sí, pero se pueda comprobar que constituyen una unidad en su conjunto. Esta circunstancia puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de que se contraten separadamente prestaciones correspondientes a la construcción o fabricación de un mismo bien de suerte que, de haberse considerado una unidad, habría tenido que licitarse un único contrato sujeto a unas condiciones de concurrencia y publicidad más estrictas.

3. Es evidente, a juicio de este órgano consultivo, que cuando el legislador alude a la no existencia de un contrato menor anterior con la misma entidad contratista que, individual o conjuntamente supere los umbrales, la finalidad de la norma es proscribir la posibilidad de que se pueda burlar el límite cuantitativo del contrato menor mediante una actitud opaca que caracterice los sucesivos contratos como independientes entre sí, ocultando el conocimiento de la verdadera unidad existente entre todos ellos. Por eso, la mención contenida en la ley a esta segunda condición no se convierte en baladí o innecesaria en modo alguno. Por el contrario, llama la atención del exégeta sobre la necesidad de que el órgano de contratación (en el sentido que marca la ley en el artículo 101.6) evite la realización de esta conducta mediante la celebración sucesiva de contratos menores cuyo objeto deba considerarse como una unidad.

Por esta razón, la exigencia de que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido debe interpretarse de modo que lo que la norma impide no es que se celebren otros contratos menores por el mismo operador económico sin límite alguno, sino que la conducta prohibida y que, por consecuencia, debe ser objeto de la necesaria



justificación, consiste en que se celebren sucesivos contratos cuyas prestaciones constituyan una unidad y cuya fragmentación resulte injustificada en dos supuestos: bien por haber existido un previo contrato de cuantía superior al umbral y que, sin embargo, se desgaja sin motivo en otros contratos menores posteriores con prestaciones que debieron formar parte del primer contrato, o bien porque esto se haga fraccionando indebidamente el objeto en sucesivos contratos menores.

4. Por lo que hace al límite temporal de estas condiciones parece razonable que si entendemos la conducta prohibida por el precepto en términos flexibles, tal como venimos sosteniendo en este dictamen, valoremos la posible existencia de un límite temporal para evitar que la prohibición, y la necesidad de justificación en el expediente que anuda, pueda considerarse indefinida.

Pues bien, tal límite temporal debe ser el que la propia ley marca en el artículo 29 respecto de la duración de los contratos menores. De esta manera, por encima de este periodo de un año, la prevención que se establece en la norma resultaría inaplicable fuera de los supuestos en que, a pesar del tiempo transcurrido, existiese un auténtico fraude. Bajo este criterio, por tanto, si la separación entre los contratos menores excede de un año, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una mayor justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor.

Finalmente, cabe señalar que este plazo debe contarse desde el momento de la aprobación del gasto a que se alude en el mismo artículo 118. Otra opción, como el cómputo por año natural no tendría mucho sentido para los contratos ejecutados al final del mismo y se trataría de una opción convencional y menos segura jurídicamente.



5. Sobre la constancia de la comprobación por parte del órgano de contratación del cumplimiento de la limitación tantas veces citada, la norma se limita a señalar que el órgano de contratación debe comprobar el cumplimiento de dicha regla. No se establece un modo concreto de comprobación ni tampoco un sistema de constancia documental en el expediente, a diferencia de lo que ocurre con la justificación inicial. Más bien se trata de una fórmula que garantiza un control *ex ante* y un control *ex post* por parte del órgano de contratación. En cualquier caso, al tratarse de una norma de carácter imperativo y, por tanto, de una conducta obligatoria para el órgano de contratación, es recomendable que quede constancia documental del control ulterior realizado por aquél, sin que tal control esté sometido a requisito formal alguno.

6. La segunda parte de la consulta del Ayuntamiento de Andújar alude al informe de necesidad del órgano de contratación y cuestiona si tal informe debe ser suscrito, en el caso de los municipios, por el Alcalde. La norma legal establece en este punto una referencia genérica al órgano de contratación, referencia que debe entenderse realizada al titular del mismo. Se trata de una referencia que podríamos considerar equivalente a la que hace el artículo 116 de la LCSP y que difiere de los supuestos en que se alude, por ejemplo, en el artículo 146.1 b) a los servicios dependientes del órgano de contratación. Por tanto, el informe de necesidad del contrato debe ir firmado por el titular del órgano de contratación, sea cual sea éste, salvo que dicha competencia haya sido delegada en los términos legalmente establecidos.

Tal conclusión descarta que el informe de necesidad, que debe tener un contenido sustantivo y propio, pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio. Se trata de figuras diferentes.



CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes conclusiones:

- El artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar en el expediente de contratación de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor.
- Esta conducta defraudadora queda prohibida en la ley cualquiera que sea el momento en que se produzca.
- La ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma.
- Cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes haya mediando más de un año, contado desde la aprobación del gasto, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una ulterior justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor.



- La ley no establece un modo concreto de comprobación *ex post* del cumplimiento de los límites del contrato menor ni tampoco un sistema de constancia documental en el expediente, si bien la misma es recomendable.
- El informe de necesidad del contrato debe ir firmado por el titular del órgano de contratación, sin que pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio.

INFORME 6/2018, DE 12 DE JULIO DE 2018 SOBRE DIVERSAS CUESTIONES DE INTERPRETACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN EN CONTRATOS MENORES DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

I – ANTECEDENTES

Por parte de las Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías de Educación, de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural y de la Consejería de Salud así como por parte del Instituto de Investigación y Formación Agraria y Pesquera se ha solicitado informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en relación con la interpretación del artículo 118.3 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).

La Secretaria General Técnica de la Consejería de Educación en los siguientes términos:

“A los efectos previstos en el artículo 1.1 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública, en relación con el artículo 328 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, quien suscribe, en su condición de Secretario General Técnico de la Consejería de Educación, dirige a esa Comisión Consultiva la siguiente consulta:

La nueva Ley de Contratos del Sector Público regula, en su artículo 118, el expediente de contratación en contrato menores. Dicha regulación prevé, como novedad en relación al anterior texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público, que “en el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla”.

En relación con dicha previsión, desde esta Secretaría se interesa conocer cómo debe interpretarse la no superación por contratista mencionada así como el plazo temporal que hay que tomar en consideración para aplicar el límite indicado. Igualmente, se consulta el ámbito subjetivo de esta regla de incompatibilidad, es decir, si se aplica a entidades contratantes o a órganos de contratación y, en este último supuesto, cómo aplicaría en los casos en que la competencia para contratar se encuentre delegada.

Solicito a la Comisión Consultiva de Contratación Pública que, habiendo por presentado este escrito se sirva admitirlo, y, en consecuencia, sea emitido informe sobre las cuestiones planteadas”.

La Secretaria General Técnica de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural en los siguientes términos:

“Una vez que ha tenido lugar la entrada en vigor 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, surgen dudas respecto a la interpretación que deba darse a determinados aspectos de la misma. En concreto, nos referimos al artículo 118 y la regulación que hace de la figura del contrato menor.

Por un lado, encontramos la interpretación que ha llevado a cabo la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a lo largo de diversos informes (41/2017, 42/2017, 5/2018). De acuerdo con el análisis que realiza entiende que, desde una perspectiva teleológica, “la ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad”.

Asimismo, cuando se refiere al cómputo de tiempo que deba tenerse en cuenta señala que “cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes hay mediando más de un año, contado desde la aprobación del gasto, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este período de tiempo, no será necesario proceder a una ulterior justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor”. Al hilo de lo anterior, en uno de los informes mencionados indica de manera expresa que la “aplicación del artículo 118 (...) debe valorarse teniendo en cuenta los contratos menores realizados conforme a la normativa precedente en el plazo del año inmediatamente anterior a la aprobación del gasto del nuevo contrato que ya está sujeto a la ley 9/2017, sin que esto suponga la aplicación retroactiva de la nueva ley a los contratos anteriores”.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su informe 3/2018, de 13 de febrero, señala que:

“La regla de incompatibilidad que establece el artículo 118.3 debe operar respecto de contratos menores de la misma tipología a aquél que pretenda adjudicarse de manera sucesiva, es decir, entre contratos menores de obras, entre contratos menores de servicios o entre contratos menores de suministros respectivamente, anteriores al nuevo contrato de obras, servicios o suministros que pretenda adjudicarse. (...) La incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el artículo 118.1 subsistirá durante el ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad”.

En esta misma línea, la Comunidad Autónoma, mediante decreto-Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía, ha modificado la ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón en el sentido de permitir la licitación de los contratos menores mediante publicidad en el perfil del contratante, teniendo como consecuencia que los contratos menores adjudicados con publicación de un anuncio de licitación no limitarán la adjudicación de ulteriores contratos menores por el mismo procedimiento.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid se alinea con Aragón al concluir en su informe 1/2018, de 11 de abril, sobre adjudicación de contratos menores en la nueva Ley de Contratos del Sector Público que “La regla de incompatibilidad descrita en el artículo 118.3 de la LCSP opera respecto de contratos menores de la misma tipología – obras, servicios y suministros – que pretenda adjudicarse de forma sucesiva. (...) El período temporal a que se refiere la prohibición de no superar las cuantías del contrato menor con un mismo empresario ha de entenderse referido a la anualidad o ejercicio presupuestario correspondiente”.

Ante las interpretaciones divergentes que se han ido sucediendo y al objeto de aclarar el estado de la cuestión es por lo que se eleva a la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía la siguiente consulta:

- ¿la regla de incompatibilidad establecida para los contratos menores en el artículo 118.3 de la LCSP debe entenderse de acuerdo con lo interpretado por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, con la posición establecida por la Comunidad de Aragón, compartida por la Comunidad Autónoma de Madrid, o, por contra, debemos atenernos a otra perspectiva que no se recoja en este escrito?

- ¿el periodo temporal a que se refiere debe entenderse como el año inmediatamente anterior a la aprobación del gasto del nuevo contrato o como la anualidad o ejercicio presupuestario correspondiente? En un caso u otro, ¿el inicio del cómputo debe considerarse en todo caso la aprobación del gasto del nuevo contrato menor que pretenda adjudicarse?

El Instituto de Investigación y Formación Agraria y Pesquera, habiendo diseñado su escrito en idénticos términos al presentado por la Secretaria General Técnica de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural, añade una pregunta más:

"En el caso de que el órgano de contratación haga uso de la posibilidad establecida en el artículo 61 en cuanto a la delegación o desconcentración de sus competencias y facultades en esta materia, ¿el cumplimiento de la obligación de comprobación de que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero del artículo 118 ha de interpretarse a nivel de órgano de contratación o de órgano gestor como consecuencia de la delegación o desconcentración?

La Secretaria General Técnica de la Consejería de Salud ha dado traslado a esta Comisión de la consulta elevada por la Dirección General de la Fundación Pública Andaluza Progreso y Salud en relación a la aplicación del artículo 118.3 de la Ley 9/2017 en el ámbito de la actividad de gestión de la investigación científica biomédica desarrollada por las Fundaciones Gestoras de la Investigación en salud integrantes de la Red de Fundaciones Gestoras de la Investigación del Sistema Sanitario Público de Andalucía (RFGI-SSPA), que se dirige a este órgano consultivo en los siguientes términos:

"Las Fundaciones Gestoras de la Investigación en Salud integrantes de la Red de Fundaciones Gestoras de la Investigación del Sistema Sanitario Público de Andalucía (RFGI-SSPA)¹ tienen, conforme a lo previsto en el artículo 3 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP), la condición de poder adjudicador a los efectos de dicha Ley.

La LCSP en su artículo 118.1 en su segundo párrafo exige "en los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan".

Por su parte el artículo 118.3 sobre los contratos menores indica literalmente que "En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168. a) 2º"

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en Expedientes 41/2017 y 42/2017, relativos a la Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP, alcanza las siguientes conclusiones:

- *"El artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es*

¹ Fundación Pública Andaluza para la Investigación Biosanitaria en Andalucía Oriental (FIBAO); Fundación para la Investigación Biomédica de Córdoba (FIBICO); Fundación Pública Andaluza para la Investigación de Málaga en Biomedicina y Salud (FIMABIS); Fundación Pública Andaluza para la Investigación en Salud en Sevilla (FISEVI); Fundación Pública Andaluza Progreso y Salud (FPS); Fundación Andaluza Beturia para la Investigación en Salud (FABIS) y la Fundación para la Gestión de la Investigación Biomédica de Cádiz (Fundación Cádiz).

justificar en el expediente de contratación de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor.

- *Esta conducta defraudadora queda prohibida en la ley cualquiera que sea el momento en que se produzca.*
- *La ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma.”.*

Los preceptos señalados, en función de las circunstancias especiales de la propia actividad científica de las Fundaciones de la RFGI-SSPA, y en el marco de la interpretación dada por la Junta Consultiva de Contratación Pública, generan dudas interpretativas que son planteadas a ese órgano de consulta en materia de contratación pública, al objeto de obtener un criterio de interés general que les permita actuar con la mayor seguridad y precisión jurídica en el proceso práctico de adaptación normativa al desarrollo de su actividad específica.

De la actividad desarrollada por las Fundaciones de la RFGI-SSPA

*La actividad desarrollada por la RFGI-SSPA tiene un **elemento común básico** en el objeto y fines fundacionales de los Estatutos de las Fundaciones: la actividad de las Fundaciones consiste de forma fundamental en la promoción, estímulo, desarrollo e interacción armónica de la investigación básica, clínica y de salud pública y de potenciación de la investigación traslacional para una mejor transferencia de los avances científicos obtenidos en la prevención y tratamiento de los problemas de salud más prevalentes. Del mismo modo, estas Fundaciones se dedican a la promoción y el desarrollo de innovaciones en tecnologías sanitarias.*

Todo ello supone canalizar los recursos materiales y dar soporte administrativo a la contratación o adquisición de bienes y servicios que les sean concedidos a los distintos proyectos de investigación en salud cuya gestión les sea encomendada.

La actividad de investigación básica y clínica coexiste en las Fundaciones integrantes de la RFGI-SSPA con la de diseño, desarrollo y gestión de proyectos y centros de investigación e innovación.

Por lo tanto, podemos distinguir dos tipos de gastos/compras, por un lado, los estructurales asociados al sostenimiento de los centros de investigación (suministros de electricidad, gas, agua, auditorías y asesorías técnicas, limpieza, mantenimiento de instalaciones generales, etc.) y, por otro, los derivados de la actividad específica de investigación que se lleva a cabo en los distintos centros, propiamente dicha, (básicamente compra de fungibles, servicios técnicos especializados para la investigación, etc.).

*Por otra parte, la actividad propia de gestión de la RFGI presenta unas **características particulares**: una actividad de investigación científica en el campo biomédico en áreas de conocimiento y terapéuticas múltiples. Esta actividad científica en el campo biomédico no responde a parámetros que la doten de uniformidad u homogeneidad, siendo especialmente diversa, heterogénea y con un elevado componente técnico-científico y, como es consustancial a toda investigación, con altas dosis de imprevisibilidad en su ejecución, desarrollo y planificación.*

Así, la actividad de investigación científica se desarrolla en el seno de cada una de las Fundaciones y centros a través de múltiples “Proyectos de Investigación” diferenciados, como unidad de gestión o actividad investigadora, que

- tienen objetos y líneas de investigación independientes y no vinculados,*
- cuentan con financiación independiente -con fuentes que varían en cada caso, de procedencia privada o pública, en régimen de concurrencia competitiva-.*

- (iii) se desarrollan temporalmente en periodos determinados y de forma diferenciada, solapándose o no en su desarrollo y ejecución,
- (iv) se encuentran físicamente ubicados en emplazamientos en su caso diferentes (centros, hospitales, ...)
- (v) son gestionados y dirigidos por un Investigador Principal diferente (personal integrante o no de la propia Fundación).

El **"Proyecto de Investigación"** viene, en el seno de cada Fundación gestora, a configurarse de hecho como una unidad funcional individual y separada, que cuenta con financiación específica y con competencias respecto a la gestión del proyecto y sus necesidades para su efectiva ejecución.

Dentro del ámbito de los proyectos de investigación biomédica existen necesidades de naturaleza contingente que responden a finalidades distintas y singulares que no son susceptibles de ser programadas y planificadas en el tiempo y/o coordinadas en conjunto. Nos referimos a aquellas que, dándose en el seno de los Proyectos de Investigación, e imprescindibles para su correcto desarrollo y para garantizar la obtención de resultados científicos sólidos y fiables, vienen determinadas por los objetivos científicos perseguidos por el proyecto en sí, por la metodología científica diseñada, por el momento concreto en el que son conocidas, y por el propio curso y avance de la investigación, y en definitiva por diversos factores diferenciadores que se describen a continuación:

Sobre la financiación de los Proyectos de Investigación

Los distintos Proyectos de Investigación gestionados en el seno de una misma Fundación de la RFGI-SSPA cuentan con financiación independiente y diferenciada, proveniente de fuentes de financiación que pueden ser diversas, ya sean privadas –en virtud de convenios o acuerdos de colaboración suscritos al efecto- ya sean públicas, a través de subvenciones específicas en régimen de concurrencia competitiva, de organismos y administraciones públicas autonómicas, nacionales y/o europeas.

Sobre el órgano de contratación y el gestor real de la compra

Con carácter general la Dirección/Gerencia de la Fundación tiene la condición de órgano de contratación. No obstante, quien realmente determina la decisión de cualquier contratación o compra suele ser diferente. En el caso de los Proyectos de Investigación desarrollados por los grupos de investigación, la decisión real sobre la necesidad de una compra recae en el Investigador Principal responsable del desarrollo de cada uno de los proyectos de investigación específicos, quien influye de forma crítica para garantizar el buen fin del proyecto de investigación. Ello sin perjuicio de que el gasto deba ser ratificado por el órgano de contratación que articule el procedimiento de compra para la ejecución efectiva de la misma. Esta posición del Investigador Principal como agente clave en el proceso de decisión de compra no se fundamenta únicamente en su rol de liderazgo técnico en el proyecto, sino además en la condición de beneficiario de la ayuda/subvención que financia la investigación o incluso en el papel clave en el desarrollo de la investigación clínica, en la que firma los protocolos de ensayos clínicos o estudios observacionales.

Sobre el criterio de contratación proveedor - proyecto.

De acuerdo con la naturaleza de la actividad de investigación biomédica, descrito previamente, en las contrataciones de servicios y suministros se atiende al Proyecto de Investigación como unidad funcional operativa.

La ley general de subvenciones (art.11.2).considera al Investigador Principal como beneficiario de la ayuda, al mismo nivel que la Fundación.

Las necesidades que surgen en el seno de cada uno de los proyectos de investigación individualmente considerados se justifican por la necesidad de realizar ese proyecto en particular (unidad operativa, funcional o

sustancial que viene determinada por el proyecto en sí mismo). Las características de los proyectos de investigación que les hace cualitativamente diferentes son:

- *Independencia funcional con resultados distintos definidos en una Memoria científica.*
- *Partidas propias y plazos de ejecución diferentes, que da autonomía a cada proyecto.*
- *Necesidades diferentes en el tiempo, en función de los resultados obtenidos y del avance científico del proyecto. Cada uno tiene su propio plazo de ejecución, sus condiciones de justificación y sus fines concretos.*

De tal modo que, aunque en dos Proyectos de investigación distintos se realizaren compras similares o idénticas, cada una va destinada a un fin distinto (la realización del proyecto) y la complejidad de gestionarlo en su caso conjuntamente deriva de lo expresado previamente. Es decir, aunque fueren necesidades similares tendría que coincidir que coincidieran en la misma fase científica del proyecto, tuvieran disponible en las mismas partidas de justificación y pudieran ejecutarse de forma simultánea, por lo que resulta de elevada complejidad de gestión establecer un vínculo operativo o sustancial de las compras y la explotación y la justificación debería realizarse de forma independiente.

Sobre la vinculación de las compras a avance de los proyectos y los resultados científicos

En cada uno de los Proyectos de Investigación específicos es el avance de los mismos el que condiciona las necesidades de compra, y el investigador principal, amparado por la ley de la ciencia, el que tienen el conocimiento sobre el fungible y los equipos necesarios para el correcto desarrollo y ejecución del mismo. Sin perjuicio de que en cada uno de los Proyectos de Investigación se realiza una planificación preliminar sobre la ejecución del proyecto y se desglosan las partidas necesarias para la ejecución del mismo, es el avance del propio proyecto el que condiciona la compra definitiva y en la mayor parte de los proyectos esto conlleva una constante solicitud de cambio de partidas de los proyectos que, si la justificación científica es adecuada, el organismo financiador concede. En esta dinámica, es el investigador principal, amparado por la ley de la ciencia, el único que puede hacer los pedidos de forma adecuada al seguimiento del proyecto.

Sobre la justificación de los proyectos

La justificación de la financiación obtenida en cada Proyecto de Investigación se debe realizar de forma independiente para cada uno de ellos, en función de:

- *Criterios de cada entidad financiadora, pública y/o privada (las bases reguladoras de las convocatorias establecen los plazos, la forma y requisitos de la justificación y los criterios básicos de elegibilidad de los gastos)*
- *Partidas de gasto autorizadas y elegibles, que pueden variar de un proyecto a otro.*
- *Memoria científica a presentar*

No cumplir con los requisitos de la justificación acarrea la devolución de las subvenciones. Casar estos criterios de singularidad con una concepción global de compras menores en la totalidad de Proyectos de Investigación gestionados y que tienen tal carácter contingente, supondría una limitación y un riesgo, tanto temporal como material, para la justificación de los mismos individualizadamente.

Sobre la obsolescencia del fungible para investigación biomédica que dificulta la gestión de almacenes y compras

Los Proyectos de Investigación biomédica están en la frontera del conocimiento, por lo que se necesitan los últimos avances en los distintos bienes y servicios. Lo que condiciona un alto riesgo de obsolescencia de los productos y dificulta la planificación temporal de las compras de forma global. La mayor parte de las compras de

fungible de investigación biomédica se realiza por tanto con un fungible de escaso periodo de caducidad, en especial todo el material que se debe conservar refrigerado.

Sobre la continuidad de los proyectos

La continuidad de un proyecto de investigación concedido en un determinado ejercicio no está garantizada ya que las ayudas deben de justificarse anualmente y estas son reintegrables si no se consiguen los resultados esperados. Esta eventualidad impide una planificación global de necesidades de compra de un determinado producto o material en diferentes Proyectos.

Resulta inviable, en base a lo explicado anteriormente, planificar de manera conjunta para todos los Proyectos de Investigación gestionados en el seno de una Fundación gestora la adquisición de los medios materiales necesarios –generalmente fungibles– para el desarrollo de los mismos, considerando que no todos emplean las mismas técnicas de investigación, lo que determina en gran medida lo que es necesario adquirir y en que momento surge la necesidad de adquisición, en función de su avance, necesidad de justificación, continuidad, etc..

Así pues, la propia particular naturaleza de la actividad de las Fundaciones de la RFGI a través de los Proyectos de Investigación, con:

- la heterogeneidad de su actividad (cada proyecto de investigación es particular en sí mismo, con sus propios objetivos científicos);*
- su parcelación natural (el proyecto de investigación, y este a su vez, en cada rama de investigación e incluso de área del conocimiento de la salud o línea terapéutica);*
- la imposibilidad de la planificación de la actividad investigadora debido su naturaleza contingente intrínseca (el trabajo sobre hipótesis en la búsqueda de nuevos conocimientos);*
- la fuente principal de financiación de la investigación diferenciada en cada Proyecto (ayudas competitivas diferenciadas), que hace variar de forma incierta tanto el momento de obtención de financiación, como el momento y forma de justificación ante los organismos financiadores en la convocatoria de referencia determina que, al margen de ciertas necesidades recurrentes y homogéneas de la actividad gestionada, existan objetos de contrato de compra similares susceptibles de aprovechamiento independiente y temporalmente diferenciados y que no constituyen una unidad funcional, haciendo imposible su programación o previsión conforme a normas habituales de gestión.*

Un sector de la investigación biomédica, que es objeto de regulación especial en materias elementales como puede ser la contratación de recursos humanos -donde se prevén contratos especiales que se apartan de la normativa general laboral-, y en el que la innovación -línea estratégicas y de especial consideración por las normas de contratación- y la agilidad y eficacia es determinante, en un ámbito tan clave para la sociedad como es la protección de la salud, el beneficio del paciente, el fomento del conocimiento científico, su divulgación y la traslación a la realidad sanitaria de nuestro sistema.

Por tanto, a los efectos de lo establecido en el artículo 118.3. LCSP consideramos, conforme al criterio de la JCCP del Estado que el criterio determinante de la posibilidad y del procedimiento de contratación no debe ser el mero criterio temporal o económico si un proveedor ha celebrado contratos previos con la Fundación gestora en su conjunto, sino si el objeto del contrato, que no se haya alterado indebidamente. A tales efectos consideramos que en este ámbito de actividad de investigación científica, conforme se ha descrito, el Objeto del Contrato viene determinado por los siguientes ítems:

- Identificación del Proyecto de Investigación*
- Identificación del Grupo de investigación e Investigador Principal*
- Cualquier otro requisito técnico necesario para el desarrollo del proyecto (en qué equipo se va a emplear, por ejemplo)*

Por todo ello, de conformidad con el artículo 328 de la LCSP, vengo en formular la siguiente **consulta**, solicitando a esa Comisión Consultiva la emisión de dictamen al respecto:

Si, considerando las circunstancias y peculiaridades descritas sobre el Proyecto de Investigación como entidad operativa de desarrollo de la actividad investigadora por las Fundaciones de la RFGI-SSPA, y a los efectos del cumplimiento de las obligaciones y limitaciones establecidas en el artículo 118.3 LCSP, la contratación en el marco de cada uno de los Proyectos de Investigación, como unidades funcionales separadas, de un contrato menor con un mismo operador económico y con un determinado objeto, permite considerar adecuadamente que por parte la Fundación gestora del conjunto de Proyectos de Investigación diferentes no se está alterando indebidamente el objeto del contrato, considerándose por tanto que las prestaciones objeto de dichos contratos sean cualitativamente diferentes y no forman una unidad por encontrarse vinculados a distintos Proyectos de Investigación, independientes y diferenciados en los términos y circunstancias descritas."

II – INFORME

Se eleva por las Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías de Educación, de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural y de Salud solicitud de informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública sobre la interpretación de diferentes aspectos de los expedientes de contratación en contratos menores de la LCSP.

Vista la similitud en el contenido de las peticiones de informes se procede a la acumulación de las mismas.

La LCSP deroga el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público e introduce importantes novedades en la regulación de los contratos públicos. Entre las muchas novedades destacan las reformas operadas en las normas reguladoras de los contratos menores contenidas en los artículos 29.8, 118, 131.3 y 153.2.

La nueva regulación de la contratación menor en la LCSP es una de las cuestiones que más confusión y disparidad de criterios ha provocado en los gestores de la contratación administrativa en todos los ámbitos de la Administración Pública, dando lugar a numerosos estudios, informes y recomendaciones, no siendo coincidentes en sus criterios.

Ello ha hecho que se haga necesario un pronunciamiento expreso de esta Comisión Consultiva de Contratación Pública, que fije un criterio homogéneo de actuación respecto a esta modalidad de contratación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

a. Documentación necesaria para la tramitación del expediente.

En relación con la norma anterior, la LCSP ha supuesto un cambio importante en la regulación tanto de la tramitación como del contenido mínimo del expediente en el supuesto de los contratos menores, estableciendo con claridad cuáles son esos documentos que han de constar, al menos, en el expediente, cuales son:

- **Informe del órgano de contratación** motivando la necesidad del contrato.
- **Informe** en el que el **órgano de contratación** garantice que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, esto es, que no se está produciendo un **fraccionamiento** de su cuantía para eludir la aplicación de las reglas de adjudicación, en los términos establecidos en el artículo 118.3, los cuales serán analizados en este mismo informe.
- **Aprobación del gasto**
- Incorporación de la **factura** correspondiente, que deberá reunir los requisitos legalmente establecidos.
- Supuesto especial de **contrato de obra**: el **presupuesto de las obras** y el correspondiente **proyecto** cuando normas específicas así lo requieran. Igualmente constará el informe de las oficinas o unidades de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

Con respecto a la **publicidad, la adjudicación** de dichos contratos debe publicarse en el perfil de contratante, lo que podrá realizarse de forma agrupada con carácter trimestral, conforme a lo establecido en el artículo 63.4 LCSP, indicando al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el IVA, y la identidad del adjudicatario.; lo que se configura como un criterio para la ordenación de los contratos.

El expediente completo con estos elementos servirá como vía para la formalización de los contratos menores y recordemos en este sentido que la Ley no permite un tratamiento diferente del contrato menores en función del sistema de pago del precio que se utilice, es decir, respecto a la documentación que debe incorporarse al expediente habrá de respetarse las reglas contenidas en artículo 118 también en el caso de los contratos menores cuyo pago se efectúe por el sistema de caja fija o similar.

b. Establecimiento de un régimen de incompatibilidad para la adjudicación de sucesivos contratos menores a un mismo contratista, que ya haya resultado adjudicatario de anteriores contratos menores, cuando con ello se superen las cuantías que limitan este tipo de contratos.

El artículo 118 apartado tercero señala lo siguiente:

“En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º”.

La redacción del mismo puede suscitar dudas en relación con el ámbito objetivo, subjetivo y temporal, ámbitos sobre los que en ese apartado tercero se constituye una regla de incompatibilidad para la adjudicación de sucesivos contratos menores a un mismo contratista que ya haya sido adjudicatario de anteriores contratos menores cuando con ellos se superen las cuantías que limitan este tipo de contratos.

Esa falta de claridad del apartado tercero del artículo 118 LCSP obliga, en aras de una mayor seguridad jurídica, a que por vía interpretativa deba determinarse el alcance de sus prescripciones.

b.1. Por lo que se refiere al plazo temporal, al no contener referencia alguna el tenor literal del artículo 118.3 LCSP no permite por sí mismo conocerlo, y la opción de que éste fuese de duración indefinida resultaría del todo desproporcionado y disfuncional.

Acudiendo a la enmienda de la que trae causa este artículo -enmienda 583, de adición, del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, incluida como mejora técnica del artículo, que indicaba *“el contratista no haya suscrito más contratos menores en la misma anualidad”* y a la duración máxima de los contratos menores, prevista en el artículo 29.8 de la LCSP *“los contratos menores definidos en el apartado primero del artículo 118 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga”* este órgano consultivo considera que el criterio aplicable al periodo sobre el que debe aplicarse la incompatibilidad sería el de la anualidad presupuestaria.

En este mismo sentido se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 3/2018, de 13 de febrero de 2018 *“En lo relativo al carácter temporal de la incompatibilidad, la enmienda resultaba más clara que la redacción del precepto que finalmente se ha incorporado a la LCSP, al incluir una referencia expresa a la “anualidad” que de haberse mantenido habría servido para aclarar definitivamente la cuestión. En todo caso, de entenderse que la regla de incompatibilidad se aplica sobre una base anual no supondría sino una aplicación de la regla de anualidad, que es un principio básico del Derecho presupuestario (art. 27.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria) cuya aplicación aclararía de forma satisfactoria el ámbito temporal durante el que se prolonga la incompatibilidad establecida en el artículo 118.3 LCSP (...) esta Junta interpreta que la incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el artículo 118.1 se aplicará sobre la base del ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad”*.

En similares términos se han pronunciado la Junta de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su informe 1/2018, de 11 de abril, la Junta Consultiva de la Generalitat de Catalunya, en su informe 1/2018, de 20 de abril, la Junta Consultiva de la Comunidad de Galicia, en su informe 1/2018, de 25 de abril, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, en su Recomendación 1/2018 y la Junta Superior de Contratación Administrativa de Generalitat Valenciana, en su informe 4/2018, de 15 de junio, manifestando esta última que *“ la exigencia adicional de que en el momento de contratar se computen los contratos menores tenidos con el contratista desde un año antes a la aprobación de una nueva contratación menor para determinar el cumplimiento de esa limitación, añade una restricción adicional que en nada mejora el cumplimiento de los principios de la contratación pública que se tratan de proteger y, en cambio, dificulta su comprobación y puede crear inconvenientes y perjuicios al interés público al limitar la posibilidad de utilizar el contrato menor en función de las necesidades reales apreciadas por el órgano de contratación”*.

En base a todo lo anterior este órgano consultivo entiende que la limitación temporal ha de referirse al ejercicio presupuestario, lo que por otro lado conecta con la necesaria programación de la contratación

pública a desarrollar en un ejercicio presupuestario establecida en el artículo 28 de la LCSP, si bien el mismo también contempla la posibilidad de planificar periodos plurianuales.

b.2. Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de esta regla de incompatibilidad, cuestionan los órganos consultantes *“si se aplica a entidades contratantes o a órganos de contratación y, en este último supuesto cómo [sic] aplicaría en los casos en que la competencia para contratar se encuentre delegada”*. El artículo 118.3 establece que *“(...) el órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla”*, sin establecerse expresamente el ámbito subjetivo, por lo que cabe plantearse si la regla de incompatibilidad se aplica a las entidades contratantes o bien a cada órgano de contratación que forme parte de una determinada entidad contratante.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 26.2.i) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, a las personas titulares de las Consejerías les corresponde suscribir contratos y convenios relativos a asuntos propios de su Consejería, salvo en los casos en que corresponda al Consejo de Gobierno.

Asimismo el Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados, en su artículo 2.1 dispone que las personas titulares de las Consejerías son los órganos de contratación de las mismas, estando facultadas para celebrar en su nombre los contratos relativos a asuntos propios de su Consejería, salvo en los casos en que, con arreglo a la ley, la competencia para celebrar o autorizar los contratos, corresponda al Consejo de Gobierno.

Por su parte los órganos de contratación de las agencias serán los que se determinen en sus estatutos, de acuerdo con el artículo 62 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre; los órganos de contratación de las entidades vinculadas con régimen de independencia funcional o de especial autonomía a que se refiere la disposición adicional segunda de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, serán los que se determinen en su normativa específica.

La capacidad para contratar de las personas que ostenten la representación en las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz se regirá por lo establecido en sus estatutos y por las normas de derecho privado que les resulten de aplicación. Los órganos de contratación de los consorcios referidos en el artículo 12.3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, serán los establecidos en sus estatutos.

Ahora bien, la LCSP no hace distinción entre los órganos que tienen atribuida la competencia como titulares y las que la ejercen por delegación o desconcentración del órgano de contratación. No obstante, el apartado 118 de la LCSP hace referencia expresa al concepto de valor estimado de los contratos para establecer los umbrales para adjudicación de los contratos menores.

En este sentido debe tenerse presente las consideraciones emanadas por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía en sus informes HPPI00086/18 y HPPI00087/18, de fecha 4 de mayo, respecto al órgano de contratación en cuanto a la envergadura del objeto del contrato, donde hace referencia al

concepto de unidad funcional al que alude el artículo 101.6 de la Ley “(...) es decir que cuando un órgano de contratación esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales. No obstante, lo anterior, cuando una unidad funcional separada sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella, los valores pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate. En todo caso, se entenderá que se da la circunstancia aludida en el párrafo anterior cuando dicha unidad funcional separada cuente con financiación específica y con competencias respecto a la adjudicación del contrato. Ello incide sobre la posibilidad de fraccionamiento del contrato, y por tanto sobre el cálculo del valor estimado.”

Como se indica en el informe 4/2018, de 14 de junio, de la Junta Superior de Contratación Administrativa, de la Generalitat Valenciana, los dos primeros párrafos del precepto anteriormente transcrito se encuentran con idéntica redacción en el artículo 5.2 de la Directiva 2014/24/UE, si bien en la norma europea se refiere al poder adjudicador en lugar de al órgano de contratación. El considerando 20 de esta Directiva ilustra esta cuestión de la siguiente forma: *A los efectos de estimar el valor de un contrato concreto es preciso aclarar que debe permitirse basar la estimación de este valor en una fragmentación del objeto del contrato únicamente cuando esté justificado por motivos objetivos. Por ejemplo estaría justificada una estimación del valor de un contrato al nivel de una unidad funcional que esté separada del poder adjudicador, como es el caso de un colegio o de una guardería, siempre y cuando la unidad de que se trate sea responsable de manera independiente de su contratación. Puede suponerse que así es cuando la unidad funcional que esté separada del poder adjudicador lleve los procedimientos de contratación y tome las decisiones de compra de manera independiente, disponga de una línea presupuestaria separada para los contratos de que se trate, celebre el contrato de manera independiente y lo financie con cargo a un presupuesto del que dispone. No se justifica una fragmentación cuando el poder adjudicador se limite a organizar una licitación de manera descentralizada.*”

Teniendo en cuenta que la razón de ser del concepto del valor estimado en la normativa aplicable en materia de contratos del sector público es ser el elemento determinante para la selección del procedimiento de contratación y la consiguiente aplicación de las normas en materia de publicidad y que el artículo 118.3 tiene por finalidad prohibir el recurso al contrato menor para eludir las obligaciones que en función del valor estimado se derivan de los principios de publicidad y de concurrencia, entiende esta Comisión Consultiva que las referencias al órgano de contratación contenidas en el mismo deben ser entendidas a aquellos órganos que ejercen facultades del órgano de contratación directamente o por delegación, siempre y cuando estas lo hagan de manera autónoma y gestionen unas determinadas partidas presupuestarias con exclusividad. En estos casos serán estos órganos, los competentes para la formalización de los contratos, los encargados de comprobar y certificar el régimen de incompatibilidad para la adjudicación de sucesivos contratos menores a un mismo contratista, limitándose a su unidad funcional. Lo mismo cabe decir respecto a la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación

No parece razonable ni proporcionado que, en una Consejería con multitud de perfiles de contratante tanto en servicios centrales como en las diversas Delegaciones Territoriales, sea la persona titular de la misma quien tenga que emitir ese informe cuando ha delegado las competencias en otros órganos y éstos gestionan unas determinadas partidas presupuestarias con exclusividad.

Supuesto distinto es el caso de la desconcentración de competencias, pues en dicho caso la titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas al órgano originariamente, pasan a ser titularidad del

órgano jerárquicamente dependiente en el que se desconcentran las mismas, aumentando consiguientemente de una manera normal las atribuciones o competencias de los órganos inferiores, en los términos y con los requisitos que prevean la propias normas de atribución de competencias, todo ello de conformidad con lo indicado en el artículo 8 de la citada Ley 40/2015, de 1 de octubre.

b.3. Por lo que se refiere al ámbito objetivo de aplicación de esta regla de incompatibilidad, el artículo 118.3 dispone que *“en el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”*.

Entiende este órgano consultivo, aplicando los criterios de interpretación contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil, que la finalidad de esta norma, atendiendo al contenido completo del artículo y a su contexto, es evitar que se altere el objeto del contrato para eludir los principios básicos de publicidad y transparencia de los procedimientos de contratación, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, libertad de acceso a la contratación pública y eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Por ello, el órgano de contratación deberá justificar que el objeto del contrato es cualitativamente distinto al de otros contratos menores celebrados con anterioridad por el mismo órgano, o bien que, aún cuando las prestaciones que constituyen el objeto de esos contratos menores son equivalentes, no hay duda alguna de que no constituyen una unidad funcional o de ejecución en lo económico y en lo jurídico.

Por tanto, si el objeto de esos contratos menores con un mismo contratista que se hayan celebrado con anterioridad al que ahora se pretende celebrar y cuyos importes acumulativamente superan los umbrales previstos en el apartado primero del artículo 118, es cualitativamente distinto y se justifica adecuadamente en el expediente que no forman parte de una unidad funcional o de ejecución, no resultaría de aplicación esa limitación establecida en el art. 118.3 LCSP y, por tanto, podría celebrarse ese nuevo contrato menor. Asimismo, debe considerarse que hay un fraccionamiento indebido del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contratan por separado no son susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional u operativa entre ellas.

En cambio, no debe considerarse que hay un fraccionamiento indebido cuando estamos ante varios objetos que no están vinculados entre sí de tal forma que la ejecución y explotación de uno o varios de ellos no es necesario para la ejecución y explotación de cualquiera de los demás, o cuando los objetos sean semejantes pero independientes entre sí.

En este sentido cabe citar el Informe 42/2017 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado emitido en relación con la interpretación del artículo 118.3 LCSP: *“el artículo 118.3 de la ley 9/2017 debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar en el expediente de contratación de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor (...) La ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí*

es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma”.

Por lo anteriormente indicado, es imprescindible delimitar correctamente la unidad funcional o de ejecución, entendiendo que existe una unidad funcional del contrato cuando los elementos son inseparables para el logro de una finalidad o éstos son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. En este sentido, considera este órgano consultivo que pueden ser elementos de referencia para ello la nomenclatura CPV (Common Procurement Vocabulary - Vocabulario Común de Contratación Pública), sistema de identificación y categorización de todas las actividades económicas susceptibles de ser contratadas mediante licitación pública en la Unión Europea, el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), la Clasificación central de productos (CPC), la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), o el Código genérico en el caso de los servicios sanitarios.

III – CONCLUSIONES

1.- El ámbito temporal que debe utilizarse para la aplicación de la regla de incompatibilidad en cuanto a la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el artículo 118.1 LCSP es el del ejercicio o anualidad presupuestaria.

2.- Respecto al ámbito subjetivo de aplicación de la regla de incompatibilidad prevista en el artículo 118.3 LCSP las referencias al órgano de contratación contenidas en el mismo deben ser entendidas a aquellos órganos que ejercen facultades del órgano de contratación directamente, por delegación o desconcentración, siempre y cuando estas lo hagan de manera autónoma y gestionen unas determinadas partidas presupuestarias con exclusividad. En estos casos serán estos órganos, los competentes para la formalización de los contratos, los encargados de comprobar y certificar el régimen de incompatibilidad para la adjudicación de sucesivos contratos menores a un mismo contratista, limitándose a su unidad funcional. Lo mismo cabe decir respecto a la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación.

3.- Respecto al ámbito objetivo, si un órgano de contratación ha celebrado contratos menores con un contratista y pretende celebrar otros contratos menores con el mismo contratista cuyos importes acumulativamente superen los umbrales previstos en el apartado primero del artículo 118, solo podrá hacerlo si el objeto de esos nuevos contratos menores es cualitativamente distinto y se justifica adecuadamente en el expediente que no forman parte de una unidad funcional o de ejecución.

Es todo cuanto se ha de informar.

Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores.

I. ANTECEDENTES

El Presidente de la Diputación provincial de Zaragoza se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante oficio, de fecha 15 de enero de 2017 del siguiente tenor literal:

ANTECEDENTES

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) en el apartado segundo de su Preámbulo declara que:

«Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública y, en segundo lugar, conseguir una mejor relación calidad precio (...).

También se da satisfacción aquí a la necesidad de simplificación de los trámites y con ello, de imponer una menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las PYMES. El proceso de licitación debe resultar más simple, con la idea de reducir las cargas administrativas de todos los operadores económicos intervinientes en este ámbito, beneficiando así tanto a los licitadores, como a los órganos de contratación»,

El artículo 118 de la LCSP responde al cumplimiento de dichos objetivos con una novedosa regulación de los contratos menores, en los siguientes términos:

«Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.

I. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran.

Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

3. En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla.

Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2º.

4. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4».

El artículo 63, 4 de la LCSP dispone:

«La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario.

Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores».

De otra parte, la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones se recoge en la Disposición Adicional Novena de la LCSP que establece lo siguiente:

«I. La suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, y en la medida en que resulten imprescindibles, la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las

condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago. El abono del precio, en estos casos, se hará en la forma prevista en las condiciones que rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.

2. Cuando los contratos a que se refiere el apartado anterior se celebren por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, las entidades del sector público contratantes tendrán la consideración de consumidores, a los efectos previstos en la legislación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico».

Las novedades de la nueva regulación, respecto de la contenida en el TRLCSP, son: a) Se disminuyen los umbrales que permiten acudir al contrato menor; b) Se requiere un informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato; e) Se exige acreditar que no se está alterando el objeto del contrato con la finalidad de evitar la aplicación de las reglas generales de contratación; d) Se debe justificar que el contratista no ha suscrito más contratos individuales que individual o conjuntamente superen los 40.000 euros en el supuesto de obras o de 15.000 euros cuando se trate de suministro o de servicios; y e) Los contratos menores se deben publicar.

Es evidente, que la novedad del número 3 del artículo 118 de la LCSP, incluida en el texto de la norma en la tramitación parlamentaria, tiene por finalidad incrementar la competencia en la contratación e impedir que los órganos de contratación adjudiquen este tipo de contratos al mismo empresario.

Ahora bien, son muchos los órganos de contratación, entre ellos los de la Diputación Provincial de Zaragoza, que disponen de un procedimiento especial de licitación electrónica para la adjudicación de los contratos menores, que incluye publicidad a través de su plataforma de contratación y libre concurrencia.

De manera que existe auténtica licitación, con plazo de presentación de ofertas, desde su publicación, y valoración de las ofertas presentadas. Esto es, no se adjudica de forma directa el contrato menor sino a quien ofrece la oferta económicamente más ventajosa. De manera que en estos supuestos existe concurrencia, no se restringe la competencia, y ningún empresario tiene garantizado el contrato por su mera participación.

Así, se recoge en el Decreto 1045/2017, de 23 de mayo de 2017, de la Presidencia de la Diputación Provincial de Zaragoza.

De una interpretación sistemática y conforme a los principios y fines de la LCSP según su Preámbulo -de transparencia, concurrencia, competencia, seguridad jurídica, proporcionalidad, igualdad y no discriminación; pero también de eficacia y de dar satisfacción a la necesidad de simplificación de los trámites y con ello, de imponer una menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las pymes-,

parece que debiera entenderse que la limitación del artículo 118, 3 de la LCSP opera únicamente respecto de aquellos contratos menores que únicamente cuentan con el informe del órgano de contratación, aprobación del gasto y la factura correspondiente. Es decir, aquellos que se adjudican directamente sin publicidad previa, ni posibilidad de concurrencia.

Y es que, aplicar esta limitación a los casos en los que se tramiten los contratos menores con licitación no tiene ninguna justificación; e incluso cabría entender que es una limitación a la aplicación del principio clave de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa (ahora, en la nueva terminología legal, a la mejor oferta). Lo que, además, tendría consecuencias, no deseadas por el legislador (que está pensando en el procedimiento que él diseña para los menores, es decir, sin licitación), ni deseables, tanto para las arcas públicas, como también para las empresas que hacen las mejores ofertas; lo que iría también contra las leyes del mercado.

Finalmente, y atendiendo a las competencias que en materia asistencial corresponde a la Diputación Provincial en relación con los municipios, hay que considerar los supuestos, nada infrecuentes en los pequeños municipios de la provincia de Zaragoza, en que únicamente pueda ser adjudicatario del contrato un empresario con el que ya se ha contratado y, por tanto, no se pueda contratar sin superar el límite legal -aquellos supuestos de existencia de un único prestador de servicios o de único suministrador, por ejemplo único taller mecánico-.

A la vista de todo cuanto se ha expuesto, se desea conocer el criterio de esa Junta Consultiva, en relación con las cuestiones que se relacionan, sobre las que se solicita

INFORME

PRIMERO.- La limitación introducida para los contratos menores por el artículo 118.3 de la LCSP por razón del contratista ¿Debe entenderse con independencia del objeto y características del contrato, de manera que la cifra máxima lo es a todos los contratos menores suscritos con el contratista durante el año por el órgano de contratación, o lo es en función del objeto del contrato y características del contrato?.

SEGUNDO.- A la vista de la remisión que la Disposición Adicional Novena de la LCSP realiza al artículo 118, para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones ¿Hay que entender que también en estos casos opera la limitación introducida para los contratos menores por el artículo 118, 3 de la LCSP?

TERCERO.- ¿Cuál es el plazo en el que rige la limitación de contratación con el mismo empresario?. ¿Qué duración deben tener los contratos del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones a que se refiere la Disposición Adicional Novena LCSP?.

CUARTO.- En aquellos supuestos en que los órganos de contratación disponen de un procedimiento especial para la adjudicación de los contratos menores, que incluye publicidad y libre concurrencia; de manera que existe auténtica licitación, con plazo de presentación de ofertas, desde su publicación, y valoración de las ofertas presentadas ¿Es de aplicación la limitación introducida para los contratos menores por el artículo 118. 3 de la LCSP por razón del contratista?.

QUINTO.- ¿Cómo debe actuarse en los supuestos, especialmente en los pequeños municipios, en que únicamente pueda ser adjudicatario del contrato un empresario con el que ya se ha contratado y, por tanto, no se pueda contratar sin superar el límite legal?.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 13 de febrero de 2018, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación activa del solicitante.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado en aplicación de lo dispuesto en el art. 3.2 en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartados 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

De la solicitud de informe pueden deducirse determinadas cuestiones de alcance general relacionadas con el funcionamiento de la regla de incompatibilidad para la adjudicación sucesiva de contratos menores que establece el art. 118.3 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 (en adelante, LCSP).

El Presidente de la Diputación Provincial de Zaragoza es un órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.g) del mencionado Decreto 81/2006.

II. El procedimiento de adjudicación de contrato menor en la nueva LCSP

El art. 118 LCSP recoge, en un sentido similar a como se hacía en el art. 111 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSP), una serie de reglas para la tramitación de los expedientes de contratación de los contratos menores. Dicho precepto dispone ahora que:

«Artículo 118 Expediente de contratación en contratos menores

1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

3. En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º

4. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4».

Tal y como puede apreciarse, la nueva regulación del contrato menor en la LCSP incluye algunas novedades. En primer lugar, incorpora la propia definición cuantitativa de los límites del contrato menor, que en el TRLCSP se recogían en el art. 138.3, precepto dedicado a los «procedimientos de adjudicación», en el entendido de que la verdadera naturaleza jurídica del contrato menor es, precisamente, la de un procedimiento de adjudicación. Esa definición de los límites cuantitativos del contrato menor se caracteriza por un descenso de los mismos tanto en relación con los contratos de obras (el límite de 40.000 euros sustituye al de 50.000 euros recogido en el TRLCSP) como con los de servicios y suministros (el nuevo límite es de 15.000 euros frente a los 18.000 de la regulación anterior). Puede señalarse que en el Proyecto de Ley 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 (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 2-1, de 02/12/2016), las cuantías que se proponían eran las mismas que las de la legislación anterior. Las cuantías actuales son las resultantes de una transacción durante la tramitación parlamentaria, resultando –como ya se ha dicho- inferiores a las que figuraban en el proyecto de Ley, pero sensiblemente superiores a las que aparecían en la Enmienda núm. 102 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados.

Por otra parte, la utilización ahora del concepto de «valor estimado» para referir esos límites cuantitativos es mucho más clara que la referencia al «importe» incluida en el TRLCSP, y que obligó en su momento a una aclaración del alcance de dicho concepto.

Respecto de la tramitación de los expedientes, se mantiene la necesidad de aprobación del gasto y la incorporación de la correspondiente factura, sin perjuicio del presupuesto y el proyecto, cuando resulte necesario, en los contratos de obras. Se incorporan como novedad el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato, así como la publicidad de la adjudicación de dichos contratos en el perfil de contratante, que podrá

realizarse de forma agrupada con carácter trimestral, conforme indica el art. 63.4 LCSP.

La principal novedad, sin embargo, es la introducción, en el apartado 3, de una regla de incompatibilidad para adjudicar sucesivos contratos menores a un contratista que ya haya resultado adjudicatario de anteriores contratos menores, cuando con ello se superen las cuantías que limitan este tipo de contratos, como antes hemos señalado. La adición de un apartado 3 al art. 118 del Proyecto de Ley de contratos del sector público presentado por el Gobierno trae causa de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados. La enmienda en cuestión (núm. 583) proponía la introducción de un nuevo apartado 3 en el art. 118 con la siguiente redacción:

«En el expediente se garantizará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y el contratista no haya suscrito más contratos menores *en la misma anualidad*, lo que comprobará el responsable del contrato».

No obstante, fruto de las necesarias transacciones en el seno de la Comisión de Hacienda y Administración Pública del Congreso, encargada de la tramitación del proyecto de Ley, la redacción definitiva de ese apartado no es exactamente coincidente con la de la enmienda presentada.

La regla que introduce en su apartado 3 el art. 118 es toda una novedad en la legislación básica de contratación pública, si bien no es una prescripción original por cuanto existen antecedentes en algunas normas autonómicas que seguramente sirvieron de inspiración para la formulación de la citada enmienda. Así, en el Proyecto de ley reguladora del patrimonio, el servicio público y la contratación local de Aragón que se tramitaba durante la VII Legislatura, en paralelo al que se convertiría en nuestra Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público (aunque a diferencia de éste, no llegase a ser aprobado al caducar por expirar la legislatura), como artículo 76.2 se establecía que «No podrá utilizarse el contrato menor para la adjudicación de prestaciones del mismo tipo a un

operador económico que, en los dos últimos años, haya resultado adjudicatario de contratos menores de la misma entidad contratante por un importe acumulado de 90.000 euros, para contratos de suministros y servicios, y de 200.000 euros en el supuesto de contratos de obras». Posteriormente, una regla de incompatibilidad similar se incluiría en la Ley 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra (mediante la introducción de un apartado 6 en el artículo 73 con ocasión de la reforma operada por Ley Foral 14/2014, 18 junio), para disponer que «ninguna empresa o profesional podrán ser adjudicatarios dentro de la misma administración contratante y durante un mismo ejercicio presupuestario de un número de contratos adjudicados mediante factura o factura con reserva de crédito cuya cuantía acumulada sea superior a 80.000 euros, IVA excluido, en obras, y 30.000 euros, IVA excluido, en el resto de contratos».

La falta de claridad del apartado 3 del art. 118 LCSP, tal como ponen de manifiesto las cuestiones que se plantean en la consulta obligan a que por vía interpretativa deba determinarse el exacto alcance de sus prescripciones, en aras a una mayor seguridad jurídica que la que resulta del tenor literal del texto legal.

Si bien la dogmática jurídica moderna se basa en gran medida en la autonomía de la «voluntas legis» respecto a la «voluntas legislatoris», en función de elementos como la interpretación sistemática o «contexto» o «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», como se establece en el art. 3.1 del Código Civil, en este caso la proximidad de la aprobación obliga a tener especialmente en cuenta la voluntad del legislador, el «espíritu y finalidad» que se ha pretendido dar a la norma, tal como se desprenden de los trabajos parlamentarios, dado el protagonismo inhabitual que la tramitación parlamentaria ha tenido en la configuración de la nueva Ley.

Por otra parte, esa importancia que ha tenido en la configuración de la LCSP la tramitación parlamentaria comporta dificultades adicionales para aplicar interpretaciones sistemáticas o para confiar excesivamente en la exposición de

motivos, que están más cercanas a las líneas y previsiones a que respondía el proyecto de Ley aprobado por el Gobierno.

III.- Ámbito objetivo de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP

Una primera cuestión que conviene aclarar respecto del ámbito de aplicación de la regla de incompatibilidad para la adjudicación sucesiva de contratos menores prevista en el art. 118.3 LCSP es la que se refiere a su ámbito objetivo. Esto es, a qué contratos afecta, que es lo que, en esencia, pregunta el Presidente de la Diputación Provincial de Zaragoza en su solicitud de informe, cuando pide que esta Junta se pronuncie sobre si la limitación introducida para los contratos menores por el artículo 118.3 de la LCSP por razón del contratista debe entenderse con independencia del objeto y características del contrato, de manera que la cifra máxima lo sea respecto a todos los contratos menores suscritos con el contratista durante cada año por el órgano de contratación, o lo es en función del objeto del contrato y características del contrato.

La solicitud de aclaración resulta absolutamente procedente ya que la literalidad del precepto no arroja suficiente claridad para determinar el ámbito de aplicación objetivo de esta regla de incompatibilidad. El precepto dispone que *«En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo...»*, sin que pueda deducirse nítidamente a qué contratos menores se refiere.

Esta Junta considera que la regla de incompatibilidad que establece el art. 118.3 debe operar respecto de anteriores contratos menores de la misma tipología que aquél que pretenda adjudicarse de manera sucesiva. Es decir, respectivamente entre los contratos de obras, o de servicios o de suministros anteriormente adjudicados respecto al concreto contrato de obras, o de servicios o de suministros que pretenda adjudicarse.

Puede presumirse que el objetivo de la nueva regulación de los contratos menores es prevenir su utilización para la cobertura de necesidades periódicas o recurrentes, que podrían satisfacerse mediante otros procedimientos de contratación si la necesaria planificación fuese adecuada. Esto está en línea con los pronunciamientos de diversos órganos consultivos o de control externo que, como el Tribunal de Cuentas en su informe núm. 1151/2016, de 27 de abril de 2016, de fiscalización de la contratación menor celebrada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, ejercicio 2013, recalca que no pueden utilizarse los contratos menores para atender necesidades periódicas y previsibles. El carácter recurrente de la necesidad se plasmará en objetos de los contratos idénticos o al menos similares, por lo que tiene pleno sentido que los límites cuantitativos para evitar ese uso abusivo de la contratación menor se apliquen separadamente para cada tipo contractual.

En el mismo sentido va el indicio que cabe extraer del primer inciso del precepto estudiado, en el que se alude a la necesidad de una comprobación inicial de que no exista fraccionamiento del objeto del contrato, ya que en principio el fraccionamiento del objeto operaría entre contratos de la misma tipología. De este modo, la adjudicación previa de un contrato menor de obras por importe superior a 15.000 euros no sería obstáculo para la adjudicación al mismo operador económico de otros contratos de servicios –o de suministros– hasta llegar a sumar esa cantidad. De forma simétrica, el importe de un contrato anterior de servicios o de suministros no debería computar como parte de las cuantías con el límite conjunto de los 40.000 euros establecido en el art. 118.1 LCSP para los contratos menores de obras o, finalmente, de la misma manera que el importe de un contrato de servicios anterior tampoco «consumiría» parte o todo el límite de los 15.000 euros a que, como máximo, pueden ascender los contratos menores de suministros, y viceversa.

No obstante, debe tenerse en cuenta que en el art. 63.4, aunque sea para excluirlos del deber de publicación, como mínimo trimestral, a que se somete a los contratos menores, se considera de forma expresa que entran en la categoría de menores aquellos «contratos cuyo valor estimado fuera inferior a

cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores». Por consiguiente parece claro que a efectos del cómputo del límite cuantitativo anual de los contratos menores deberán computarse aquellos en que el sistema de pago haya sido el de anticipo de caja fija u otro similar.

IV.- Efecto de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP sobre la contratación del acceso a bases de datos y suscripción a publicaciones

En íntima relación con la cuestión del ámbito objetivo de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP, el Presidente de la Diputación Provincial de Zaragoza solicita el parecer de esta Junta Consultiva sobre el sentido que deba darse a la remisión que en la Disposición Adicional Novena de la LCSP se realiza al reiteradamente citado artículo 118 para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones, preguntando si debe entenderse que también en estos casos opera la limitación cuantitativa introducida para los contratos menores por el artículo 118.3 de la LCSP.

La Disposición Adicional Novena de la LCSP establece las mismas «Normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones» que ya se establecía en la disposición con igual numeración del TRLCSP. La única diferencia que se aprecia entre ambas disposiciones adicionales es la aplicación de esas normas en la nueva regulación también a otras contrataciones: si en el TRLCSP esas «normas especiales» se aplicaban a «la suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas», en la nueva LCSP se consideran también aplicables «en la medida en que resulten imprescindibles, a la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente».

En esencia, esas normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones consisten en aplicar a la adjudicación de dichos contratos «las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago». Esa remisión «en bloque» a las normas establecidas en la nueva Ley para los contratos menores hace que las reglas establecidas en el art. 118, incluidas las establecidas en el apartado 3, resulten de aplicación para la adjudicación de contratos que tengan por objeto el acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones. La única prescripción del art. 118 que quedaría desactivada sería la de la propia definición cuantitativa de estos contratos, dado que expresamente se ha establecido que los que tengan por objeto el acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones se tramiten como contratos menores aunque no les correspondiese tal consideración atendiendo a su cuantía (siempre que no tengan la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada).

Además de lo anterior, para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones habrá de tenerse en cuenta la posible existencia de derechos exclusivos relacionados con la propiedad industrial e intelectual de los contenidos de esas publicaciones y bases de datos y, como consecuencia, la imposibilidad de adjudicar esos contratos a operadores económicos distintos de los propietarios de esos derechos. En tales casos podría recurrirse a la utilización del procedimiento negociado sin publicidad si concurre el supuesto previsto en el art. 168.a).2.º LCSP, existiendo una exclusión expresa de la aplicación del límite de contratos en el inciso final del art. 118.3.

En conexión con lo anterior, lo relativo a la duración de los contratos menores está regulado en el art. 29.8 –que reproduce sustancialmente lo establecido con anterioridad en el art. 23.3 TRLCSP- disponiendo que «no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga».

No es ésta una regla «de procedimiento» para la adjudicación de los contratos menores, como se deduce de su ubicación sistemática, en un precepto diferenciado del que establece las reglas de adjudicación. Además está incluido en el Libro I de la Ley, en el Título I dedicado a disposiciones generales, y concretamente en el capítulo I sobre «Racionalidad y consistencia de la contratación del sector público», y no en el Libro segundo, Título I, Capítulo I, Sección 1ª, Subsección 1ª, relativa al «Expediente de contratación», como sucede con el art. 118.

Al no ser una regla «de procedimiento», es difícil entender que pueda resultar de aplicación a los contratos que tienen por objeto la suscripción a revistas y otras publicaciones y el acceso a bases de datos, suscripciones y contrataciones que «podrán efectuarse» de acuerdo con «las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores», como se prevé en la Disposición Adicional novena LCSP. La consecuencia de no ser una norma de procedimiento es que la duración máxima de un año que recoge el art. 23.3 para los contratos menores no resultaría de aplicación para la adjudicación de aquellos a los que se refiere la Disposición Adicional novena LCSP, cuyo objeto es la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones.

V.- Ámbito subjetivo de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP

En el art. 118.3 no se establece expresamente cuál sea su ámbito subjetivo, lo que hace surgir la cuestión de si la regla de incompatibilidad se aplica a las entidades contratantes o bien debe entenderse referida a cada uno de los órganos de contratación que imputan su actuación a una determinada entidad.

Esta Junta se inclina por considerar que la regla de incompatibilidad resulta de aplicación respecto de los órganos de contratación, porque el propio precepto se refiere expresamente a que serán los órganos de contratación los que «comprobarán el cumplimiento» de la regla de incompatibilidad. Por tanto, la adjudicación de contratos menores por parte de un órgano de contratación no

impedirá que otros órganos de contratación de la misma entidad contratante adjudiquen contratos al mismo operador económico, ni «consumirá» el importe al que como máximo pueden ascender los contratos menores cuando se adjudiquen por otros órganos de contratación de la misma entidad.

En este punto debe recordarse lo previsto para los casos de delegación de competencias en el art. 9.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: «Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante». En consecuencia, mediante la delegación de competencias no podrá desactivarse la regla de incompatibilidad, pues el importe conjunto de los contratos menores adjudicados con anterioridad que habrá de comprobarse a efectos verificar el cumplimiento de la incompatibilidad será el correspondiente a los contratos que deban considerarse adjudicados por el órgano delegante en virtud del artículo citado.

VI.- Ámbito temporal de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP

Otra cuestión de gran trascendencia es la referida el período de cómputo a efectos de la incompatibilidad para resultar adjudicatario de nuevos contratos menores que establece el art. 118.3. A dicha cuestión se refiere la consulta cuando solicita aclaración sobre el plazo en el que rige la limitación de contratación con el mismo empresario, además de sobre la duración que deben tener los contratos del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones a que se refiere la Disposición Adicional Novena LCSP.

También en este aspecto la regla incluida en el art. 118.3 LCSP dista de ser clara, exigiendo nuevamente una considerable labor interpretativa. El tenor literal del precepto no permite por sí mismo resolver la cuestión, ya que en su redacción definitiva no contiene referencia temporal alguna, lo que en sus términos literales llevaría a consecuencias absurdas. La regla de incompatibilidad contenida en el art. 118.3 tiene como una de sus finalidades

principales evitar el fraccionamiento del contrato, para lo cual no es necesaria una duración indefinida, que resultaría disfuncional y desproporcionada. Además, una duración ilimitada de este supuesto de incompatibilidad resultaría incongruente con otras previsiones contenidas en la Ley, tanto sobre la propia duración máxima del contrato menor como sobre el cálculo del valor estimado de determinados contratos.

Otros criterio para determinar la duración de la incompatibilidad podría conectar ésta con la duración máxima de los contratos menores, prevista en el art. 29.8, en el que se establece que «no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga». Aunque tal previsión no es una regla «de procedimiento» para la adjudicación de los contratos menores, podría tomarse como un indicio de la probable intención del legislador para el cómputo del umbral cuantitativo de la regla de incompatibilidad. A un período idéntico, aunque expresado en meses, conduciría la referencia que recoge el art. 101.10, a) de la LCSP, en el que se establece que a efectos del cálculo del valor estimado de los contratos de suministro o de servicios que tengan un «carácter de periodicidad» o que deben renovarse en un período de tiempo determinado se tomará como base el «valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos». No obstante, este criterio solo está previsto para los contratos de servicios y suministros, no para los de obras, que tengan un carácter periódico, cuando el contrato menor no puede utilizarse para atender necesidades periódicas, por lo que, el criterio señalado no resulta concluyente.

A juicio de esta Junta, en cuanto al periodo sobre el que debe aplicarse, el criterio de la anualidad presupuestaria conecta directamente tanto con la necesaria planificación contractual, que debe servir para determinar a priori si la contratación menor va servir para cubrir adecuadamente las necesidades previsibles, como con los controles financieros que realiza la Intervención. Por otra parte, los trabajos parlamentarios y los antecedentes legislativos apuntan en esa misma dirección.

En este sentido, como ya hemos indicado, la adición de un apartado 3 al art. 118 del Proyecto de Ley presentado por el Gobierno trae causa de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados. En la enmienda en cuestión –la núm. 583, de adición- se proponía la introducción de un nuevo apartado 3 en el art. 118 con la siguiente redacción:

«En el expediente se garantizará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y el contratista no haya suscrito más contratos menores *en la misma anualidad*, lo que comprobará el responsable del contrato».

En lo relativo al carácter temporal de la incompatibilidad, la enmienda resultaba más clara que la redacción del precepto que finalmente se ha incorporado a la LCSP, al incluir una referencia expresa a la «anualidad» que de haberse mantenido habría servido para aclarar definitivamente la cuestión. En todo caso, de entenderse que la regla de incompatibilidad se aplica sobre una base anual no supondría sino una aplicación de la regla de anualidad, que es un principio básico del Derecho presupuestario (art. 27.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria) cuya aplicación aclararía de forma satisfactoria el ámbito temporal durante el que se prolonga la incompatibilidad establecida en el art. 118.3 LCSP.

En el mismo sentido, es un concepto muy similar al que se utiliza en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, que en su art. 73.6 establece: «Ninguna empresa o profesional podrán ser adjudicatarios dentro de la misma administración contratante y durante un mismo *ejercicio presupuestario* de un número de contratos adjudicados mediante factura o factura con reserva de crédito cuya cuantía acumulada sea superior a 80.000 euros, IVA excluido, en obras, y 30.000 euros, IVA excluido, en el resto de contratos».

A la vista de estos antecedentes, esta Junta interpreta que la incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el art. 118.1 se aplicará sobre la base del ejercicio o

anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad.

VII.- El principio de concurrencia y la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP

Otra de las cuestiones que se plantea en la consulta remitida atiende a los posibles efectos que la introducción de trámites de promueven la concurrencia entre operadores económicos puede tener sobre la incompatibilidad para la adjudicación sucesiva de contratos menores a que se refiere el art. 118.3 LCSP.

Como antes ya advertimos, la tramitación de un contrato menor exige necesariamente informe de necesidad, aprobación del gasto e incorporación de la correspondiente factura. No es necesario publicitar la licitación ni promover la concurrencia, aunque nada lo impide, hasta el punto de que muchas administraciones públicas incluyen en las bases de ejecución de sus presupuestos, bien la publicidad de la licitación de contratos menores, o bien la consulta a tres o más empresarios con carácter previo a la adjudicación, en la línea de lo que establece el art. 4 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón.

En el art. 118.3 LCSP nada se dice respecto de su aplicación a aquellos contratos menores cuya adjudicación no ha sido directa, sino consecuencia de una licitación con publicidad o con concurrencia. Lo lógico habría sido haberlo previsto, puesto que la finalidad con que se establece la regla de incompatibilidad incluida en el art. 118.3 que va más allá de la «mejora técnica» (como justificaba el grupo parlamentario que introdujo la enmienda de la que trae causa el art. 118.3), situándose en una estrategia para reducir la contratación directa a situaciones extraordinarias. En este sentido, la regla del 118.3 se uniría a esa estrategia de la que forman parte también otras medidas que tienen esa misma finalidad, como la creación del procedimiento abierto simplificado, tal y como manifiesta la propia Exposición de Motivos de la LCSP.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, como ya ha sido señalado en este informe, la verdadera naturaleza del contrato menor es la de un «procedimiento de adjudicación», definido por unos límites cuantitativos que en el TRLCSP se recogían en el art. 138.3, ubicado sistemáticamente en sede de procedimientos de adjudicación, lo que se mantiene en la LCSP, en la que el art. 118, relativo al «expediente de contratación de los contratos menores» se ubica en el ámbito de la regulación de la «preparación de los contratos de las Administraciones Públicas».

Desde una interpretación teleológica restrictiva, podría quizá defenderse que la incompatibilidad a la que se refiere el art. 118.3 LCSP únicamente debería operar en supuestos de adjudicación directa en los que no haya habido publicidad ni concurrencia. No obstante, no parece haber sido éste el criterio del legislador.

También en este caso deben tenerse en cuenta los trabajos parlamentarios: la introducción en la LCSP del procedimiento abierto simplificado «sumario» es producto de la Enmienda núm. 125, enmienda de adición presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, de la que ha resultado el art. 159.6 LCSP en términos casi idénticos a los propuestos. En la justificación de esta enmienda se alude a que sería «ineludible prever un *procedimiento con publicidad y concurrencia que vehicule los contratos menores* y los suprimidos procedimientos negociados sin publicidad que se han comportado como canales de tramitación ágil de la contratación pública con un valor económico no muy significativo si bien no respetando la publicidad y la concurrencia abiertas». Se añade seguidamente que «la articulación de un procedimiento abierto simplificado y "sumario", para estas franjas de valor de la contratación que se proponen, puede representar un salto de eficiencia en la contratación, *sustituyendo todos los ajustes a los contratos menores que se están realizando desde las administraciones públicas exigiendo en el contrato menor un mínimo de proposiciones presentadas*. Téngase en cuenta que muchos ayuntamientos ya han derivado su contratación menor a portales de licitación electrónica en los que se

garantiza una concurrencia abierta con publicidad y se potencia el proveedor local si bien esta "reconversión" de la contratación directa tiene escaso soporte normativo».

En consecuencia, queda claramente expresada la voluntad del legislador plasmada por la mayoría en el Congreso de los Diputados en la aceptación –si bien parcial- de la Enmienda núm. 102 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, en la que se propugnaba la restricción de las cuantías del valor estimado permitido para los contratos menores (lo que se ha plasmado en una reducción de los umbrales, si bien no tan drástica como la que se propugnaba en la enmienda), y de la Enmienda núm. 125, del mismo Grupo parlamentario, en que se introduce un «procedimiento abierto simplificado sumario», precisamente para vehicular los procedimientos de contratación cuando se hayan excedido los límites del contrato menor. Esa voluntad del legislador, nítidamente expresada, es que cuando se excedan los límites establecidos para el contrato menor –que, como ya se ha señalado, es un procedimiento contractual-, deberá acudir al procedimiento abierto simplificado, habiéndose articulado un procedimiento abierto «sumario» para facilitar esta exigencia, utilizable en los contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000 euros, y en contratos de suministros y de servicios de valor estimado inferior a 35.000 euros, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, sin restricción alguna respecto al número de veces en que dichos procedimientos pueden ser utilizados en cada ejercicio presupuestario. El anuncio de licitación del contrato únicamente precisará de publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, con unos plazos mínimos de presentación de ofertas de cinco o diez días hábiles según los casos, con exención expresa a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional y sin requisitos procedimentales adicionales, hasta el punto de que la formalización del contrato podrá efectuarse mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación. En la medida en que tales elementos mínimos sean seguidos en la licitación y adjudicación de los contratos, no resultarán

aplicables las restricciones establecidas para el contrato menor, específicamente la limitación de los contratos –o mejor, de su cuantía acumulada- a un determinado empresario.

Es decir, que el dar publicidad al contrato menor garantiza una mayor transparencia, pero no puede servir por sí mismo para alterar un régimen jurídico claramente establecido en la Ley, lo que supondría de facto la creación un procedimiento nuevo, no regulado en la Ley, con el fin de sortear la limitación establecida en el art. 118.3 LCSP. Para evitar los límites cumulativos que el legislador ha establecido para los contratos menores nada impide utilizar cualquiera de los procedimientos sí establecidos legalmente, tal como el abierto ordinario, el abierto simplificado –en su modalidad más general o en la que en los trabajos parlamentarios se denomina sumaria-, con independencia de que la cuantía del valor estimado en sí misma permitiera su tramitación como contrato menor. En conclusión, la aplicación de mecanismos de publicidad y fomento de la competencia a los contratos menores, no sólo es lícita, sino que puede ser recomendable, pero no es en sí misma suficiente para evitar la aplicación de los límites contenidos en el art. 118.3 LCSP. Para ello será necesario que, como mínimo, se cumplan los requisitos del procedimiento abierto simplificado sumario.

VIII.- La contratación con un empresario determinado y la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP

En último lugar, el Presidente de la Diputación Provincial de Zaragoza plantea en su consulta la cuestión de cómo debe actuarse en los supuestos, especialmente en los pequeños municipios, en que únicamente pueda ser adjudicatario del contrato un empresario con el que ya se ha contratado y, por tanto, no se pueda contratar sin superar el límite legal.

La circunstancia de haber resultado adjudicatario con anterioridad de contratos menores que superen los 40.000 euros en el caso de contratos de obras, o los 15.000 euros en el caso de contratos de servicios o suministros, no parece que

pueda considerarse, *a priori*, como una «razón técnica» de aquéllas a que se refiere el art. 168, a), 2º LCSP para habilitar la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, superando así la incompatibilidad a que se refiere el art. 118.3 LCSP. No obstante, puede haber casos en los que sí que concurra alguna de esas razones técnicas previstas en el art. 168, a), 2º LCSP, correspondiendo en tal caso su justificación al órgano de contratación para habilitar la adjudicación del contrato a un operador económico determinado.

III. CONCLUSIONES.

- I. La regla de incompatibilidad que establece el art. 118.3 debe operar respecto de contratos menores de la misma tipología a aquél que pretenda adjudicarse de manera sucesiva, es decir, entre contratos menores de obras, entre contratos menores de servicios o entre contratos menores de suministros respectivamente, anteriores al nuevo contrato de obras, servicios o suministros que pretenda adjudicarse.
- II. Las normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones consisten, en esencia, en aplicar para la adjudicación de dichos contratos las normas de procedimiento establecidas en la LCSP para los contratos menores, con las salvedades indicadas.
- III. La regla de incompatibilidad prevista en el art. 118.3 LCSP resulta de aplicación respecto a cada uno de los órganos de contratación, no respecto a la entidad respecto a la que varios de tales órganos puedan imputar sus actuaciones.
- IV. La incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el art. 118.1 subsistirá durante el ejercicio o anualidad presupuestaria con

cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad.

- V. La incompatibilidad contenida en el art. 118.3 LCSP parte de la consideración de la contratación menor como un procedimiento contractual que permite la adjudicación directa. Sin embargo no bastará con cualquier publicidad o promoción de la concurrencia –en sí recomendables con carácter general- para sortear los límites establecidos para los contratos menores. La previsión legal de un procedimiento abreviado abierto sumario se hizo expresamente para canalizar contratos que en muchos casos pueden tramitarse por uno u otro procedimiento, como alternativa al contrato menor. En consecuencia, es la aplicación de un procedimiento que cumpla con los requerimientos establecidos por el legislador para el procedimiento abierto abreviado sumario, u otro con mayores garantías de publicidad y concurrencia, lo que evitará la aplicación de los límites cumulativos del art. 118.

Informe 3/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 13 de febrero de 2018.

Informe 1/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente)

Asunto: Límites a la contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

ANTECEDENTES

I. El presidente de la Asociación Catalana de Municipios (ACM) ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva sobre la interpretación de las reglas de limitación en las adjudicaciones de los contratos menores. Posteriormente, la Dirección General de Contratación Pública (DGCP) del Departamento de Asuntos y Relaciones Institucionales y Exteriores y Transparencia de la Generalitat, ha enviado a esta Junta Consultiva una petición de informe en relación con el mismo objeto.

Así, dada la coincidencia de las cuestiones planteadas en los dos escritos de petición de informe, se da respuesta a ambas solicitudes conjuntamente. En concreto, las cuestiones sobre las que se solicita informe, a la vista del artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, son las siguientes:

- 1) Cuál es la limitación temporal del requisito relativo a que el contratista no haya suscrito más contratos menores: el año natural o el año presupuestario.

Además, la ACM también plantea respecto de esta limitación si “el periodo se puede determinar, mientras no esté determinado reglamentariamente, por el propio órgano de contratación en las bases de ejecución del presupuesto del ente local”. Por su parte, la DGCP también plantea adicionalmente si “la aplicación de esta limitación, se tiene que entender que afecta a la contratación menor que se formalice con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley”

- 2) Con respecto al ámbito material de la limitación impuesta, si se tiene que entender en sentido estricto y en consecuencia que afecta a cualquier contrato menor formalizado con un mismo proveedor, con independencia del objeto contractual, o bien sólo a aquellos contratos menores que no tengan un objeto diferente.

La ACM plantea, concretamente, si el límite sólo operaría respecto de los que fueran equivalentes o similares y si afectaría a contratos menores con el mismo objeto pero con prestaciones sustancialmente diferenciadas.

Por su parte, la DGCP plantea si la limitación operaría respecto de objetos idénticos y en qué supuestos se tiene que entender que existe esta identidad de objeto –si se tiene que tener en cuenta a estos efectos sólo el objeto del contrato o también otras cuestiones como el hecho de que las unidades destinatarias de la prestación sean diferentes aunque dependan de un mismo órgano de contratación–; y si se tiene que considerar que una prestación tiene idéntico objeto

a otra si, a pesar de poder dividirse funcionalmente, tiene un mismo destinatario y un mismo ámbito temporal de prestación, ejecución o entrega.

- 3) Además, la ACM plantea también la cuestión de si hay que entender exentos del cómputo de la cuantía máxima de adjudicación aquellos contratos menores que se hayan licitado con la correspondiente consulta a tres o más empresas, o su publicación en el perfil de contratante.

II. El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta Consultiva informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan, los departamentos de la Generalitat, sus entidades autónomas y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de la Administración de la Generalitat y las entidades que integran la Administración local en Cataluña. Por otra parte, el artículo 11 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. 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), que ha entrado en vigor el día 9 de marzo de 2018, incorpora una regulación de los contratos menores con diversas y sustanciales novedades respecto de las regulaciones precedentes.

El artículo 118 de la LCSP, que lleva por título “expediente de contratación en contratos menores”, establece, en su primer apartado, que “se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios”, rebajando, por lo tanto, los umbrales previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSP) que la LCSP deroga, que los establecía en 50.000€ y 18.000€, respectivamente; precisando que estos umbrales se corresponden al valor estimado del contrato, mientras que el TRLSP utilizaba el término más impreciso de “importe”; y concretando que, por razón del objeto, sólo son contratos menores los de obras, de servicios y de suministros, a diferencia del TRLSP que aludía a los contratos de obras y a “otros contratos”.

En el mismo apartado primero de este precepto se dispone que la tramitación del expediente de estos contratos, además de requerir la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente, que debe reunir los requisitos que establezcan las normas de desarrollo de la Ley, tal como también lo hacía el artículo 111 del TRLSP, también “exige el informe del órgano de contratación que motive la necesidad del contrato”. De esta manera, y como novedad respecto del TRLSP, se

extiende la obligación, establecida ahora en el artículo 28.1 de la LCSP¹, de incluir en los expedientes de los contratos del sector público este informe, también a los contratos menores.

Respecto de esta previsión, de acuerdo con la cual, por lo tanto, es preceptiva la emisión del informe justificativo de la necesidad para todos los contratos menores que se suscriban, con independencia de su valor estimado, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha afirmado² que lo tiene que firmar el titular del órgano de contratación, sea cual sea éste, salvo que la competencia se haya delegado en los términos legalmente establecidos, sin que este informe, que debe tener un contenido sustantivo y propio, pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio.

Por su parte, el apartado segundo de este artículo 118 de la LCSP no contiene ninguna novedad respecto del TRLCSP al regular las especialidades del expediente en los contratos menores de obras –en el cual se tiene que añadir el presupuesto de las obras, el proyecto correspondiente cuando lo requieran normas específicas y el informe de las oficinas o unidades de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

En cambio, sí que contiene una novedad respecto de la regulación establecida en el TRLCSP el apartado cuarto de este mismo precepto de la LCSP, en relación con el artículo 63.4 de la LCSP, de acuerdo con los cuales la información, al menos, del objeto, la duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad de la empresa adjudicataria de los contratos menores se tiene que publicar de manera agregada, al menos trimestralmente, ordenándose los contratos por la identidad de la empresa adjudicataria –excepto los contratos de valor estimado inferior a cinco mil euros, si el sistema de pago utilizado es el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para hacer pagos menores.³

¹ El artículo 28 de la LCSP, relativo a la “necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación”, después de disponer, en su apartado 1, que “las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales”, establece que “a tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.

² Informe emitido en el expediente 42/2017, sobre “Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP”.

³ A esta obligación hay que añadir, en el ámbito de Cataluña, la establecida en el artículo 13, relativo a la “transparencia en la contratación pública”, de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de acuerdo con el cual la transparencia en el ámbito de los contratos suscritos por los sujetos obligados –y, por lo tanto, las obligaciones de publicidad activa que establece– es aplicable a todos los contratos, incluidos los menores.

Adicionalmente a estas novedades –alguna de las cuales se tiene que calificar de muy relevante, a pesar de haber cedido protagonismo por las otras novedades, de carácter limitativo de estos contratos, introducidas en la LCSP que a continuación se analizan–, el apartado 3 de este precepto es el que contiene las novedades respecto de las cuales se solicita el informe de esta Junta Consultiva.

II. El apartado tercero del artículo 118 de la LCSP, precepto relativo, como se ha dicho, al expediente de contratación en contratos menores, dispone literalmente que en dicho expediente “se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”; que “el órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla” y que “quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º”.

Por lo tanto, este precepto establece las siguientes dos obligaciones de justificación:

- Que no se está alterando el objeto del contrato menor para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación; y
- Que la empresa contratista no ha suscrito más contratos menores cuyo valor estimado, individual o conjuntamente, superen la cifra de 40.000€ en el caso de obras y de 15.000€ en el caso de servicios y suministros. Respecto de esta obligación de justificación establece al mismo tiempo:
 - la obligación del órgano de contratación de comprobar el cumplimiento “de esta regla”
 - que quedan excluidos los supuestos en que las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por tratarse de la creación o la adquisición de una obra de arte o representación artística única, porque no haya competencia por razones técnicas o porque proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial⁴.

La primera constatación que hay que efectuar de esta previsión es que una interpretación literal lleva a una solución, que, además de no entenderse adecuada por desproporcionada, no parece ser la querida por la norma, en la medida en que limita la suscripción de contratos menores con una misma empresa por una cifra superior a la del umbral respectivo de estos contratos, sin acotar el ámbito objetivo, subjetivo y temporal. Por lo tanto, la limitación que deriva de la obligación de justificación establecida en este

⁴ Respecto de esta causa habilitante de utilización del procedimiento negociado sin publicidad, el artículo 168.a).2.º de la LCSP dispone que “La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato”.

precepto requiere ser interpretada, de acuerdo con la que se considere que sea su finalidad.

Antes de entrar a analizar cuál hay que entender que es esta finalidad, se considera conveniente efectuar una serie de precisiones en relación con la redacción de este apartado 3 del artículo 118. En primer término, la primera parte de la obligación que se analiza, relativa a justificar el hecho de no estar alterando el objeto del contrato menor para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, a pesar de utilizar el término “alterar”, hay que entender que constituye, respecto de la obligación general de no fraccionamiento del objeto de los contratos establecida con carácter general para todos los contratos⁵ –por lo tanto, también aplicable a los contratos menores–, una exigencia adicional de justificación en los contratos menores que no se requiere para el resto de contratos sometidos a esta misma obligación.

Con respecto a la segunda obligación de justificación, relativa al hecho de que “el contratista” no ha suscrito más contratos menores que, “individual” o conjuntamente, superen la cifra de 40.000€ en el caso de obras y de 15.000€ en el caso de servicios y suministros, se puede apreciar, en primer término, una imprecisión en el uso del término “contratista”, en la medida en que hay que entender que tanto la justificación de no superar la cifra, como el control del cumplimiento de esta “regla”, se tiene que llevar a cabo con carácter previo a la contratación, de manera que se hará respecto de la empresa que el órgano plantea contratar, pero no respecto de la ya contratista.

En segundo término, y como cuestión más relevante a efectos de la aplicación de este precepto y, específicamente, de la delimitación que se le tenga que dar a las obligaciones y límites que establece, la referencia al hecho de que no se supere la cifra con contratos menores que “aisladamente” puedan superar las cifras de los umbrales de estos importes lleva a tener que entender que la limitación se establece para cualquier contrato menor, con independencia de la tipología de contrato de que se trate –obras, servicios o suministro–, dado que únicamente se puede haber superado “aisladamente” el umbral máximo –con un único menor previo– en caso de comprobar la limitación respecto de un menor de suministros o de servicios y que el menor previo fuera de obras –en ningún caso un menor previo de servicios o suministros ha podido superar por sí solo, “aisladamente”, el umbral máximo de estos contratos menores.

Sin embargo, hay que entender que esta previsión literal constituye otra imprecisión conceptual de la norma dado que, como se ha indicado anteriormente, la interpretación de que la limitación opera para cualquier contrato menor, con independencia de la tipología, no se considera adecuada, por ser demasiado restrictiva y no conforme, por desproporcionada, con la finalidad de la norma, que a continuación se analiza.

⁵ El artículo 99 de la LCSP, relativo al objeto del contrato, establece esta obligación en su apartado segundo al prever, en idénticos términos en que lo hacía el apartado segundo del artículo 86 del TRLCSP, que “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”.

La finalidad de la limitación establecida en este apartado 3 del artículo 118 de la LCSP, necesaria para determinar el alcance, dada la inconveniencia e, incluso, la imposibilidad de aplicarla literalmente, hay que deducirla del conjunto de la Ley, bajo la luz, como no puede ser de otra manera en materia de normativa de contratación pública, de los principios que la inspiran, dado que la exposición de motivos de la LCSP no contiene ninguna mención a esta limitación ni, por lo tanto, a su finalidad, a causa de su origen de enmienda parlamentaria⁶.

De hecho, la exposición de motivos de la LCSP no contiene ninguna alusión a la contratación menor, ya que, no sólo la limitación del apartado 3 que se analiza fue incluida por la vía de enmienda parlamentaria, sino también las otras novedades relevantes a las que ya se ha aludido. Únicamente se contiene la mención a la “contratación directa” al aludir a la tramitación sumaria del denominado procedimiento abierto simplificado “para contratos de escasa cuantía que ha de suponer la consolidación de la publicidad y la eficiencia en cualquier contrato público, reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias”, después de hacer referencia a la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía y la creación del denominado procedimiento abierto simplificado para paliar las deficiencias en transparencia – “corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores”– de este procedimiento.

En definitiva, atendida esta ausencia de justificación o explicación en la propia parte expositiva de la Ley y de acuerdo con su objeto y finalidad, señalados en el artículo 1, de regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa, parece – dados también los pronunciamientos de las Juntas Consultivas hasta ahora emitidos sobre esta cuestión– que se pueden plantear las siguientes eventuales finalidades:

- Evitar el fraccionamiento del objeto de los contratos.

Esta es la finalidad que atribuye la Junta Consultiva del Estado a la limitación que se analiza en los informes emitidos en los expedientes 41/2017 y 42/2017, en los cuales, después de reconocer que el artículo 118.3 de la LCSP contiene el deber de “justificar la concurrencia de dos circunstancias” –no fraccionamiento fraudulento del objeto y que el contratista no haya suscrito más contratos menores–, afirma que ambas tienen la misma finalidad, que es coincidente con la de la primera de las circunstancias, eso es, “la

⁶ El límite establecido en el artículo 118.3 de la LCSP que se analiza tiene su origen en la enmienda núm. 583 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Socialista al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

proscripción de la división arbitraria del contrato con la finalidad de defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor⁷.

Sin embargo, hay que entender que una limitación que tuviera como finalidad evitar el fraccionamiento fraudulento del objeto de los contratos haría referencia, justamente, a dicho objeto, de manera que hubiera limitado la suscripción de contratos menores con un mismo objeto y no con una misma empresa contratista. En cambio, dado que el precepto hace referencia a la empresa “contratista”, hay que entender que la finalidad de esta limitación va más allá de la prohibición de fraccionar indebidamente el objeto de los contratos –finalidad que cubre la primera de las circunstancias a justificar la cual, como se ha dicho, consiste en una obligación de justificación para reforzar la prohibición prevista para todos los contratos.

La literalidad del precepto, con la alusión al hecho de que “el contratista no ha suscrito más contratos menores” y con el uso de la conjunción “y” entre las dos obligaciones de justificación que establece este precepto, llevan a tener que descartar que la finalidad de esta regulación sea únicamente evitar el fraccionamiento del objeto de los contratos, y a entender que va más allá.

Como se ha dicho, la interpretación de cuál es la finalidad de la limitación que se analiza es relevante a efectos de determinar el alcance. Así, por ejemplo, y como más adelante se verá, en los dos informes mencionados de la Junta estatal se delimita poniendo el foco en el carácter “de unidad” del objeto de los contratos, en vez de en la empresa a la que se adjudican.

- Evitar que se cubran necesidades recurrentes o periódicas a través de contratos menores, bien por una incorrecta planificación o bien por un mal uso de estos contratos.

Esta es la finalidad que ha atribuido la Junta Consultiva de Aragón a la limitación que se analiza en el Informe 3/2018, de 13 de febrero, ya mencionado, señalando que este objetivo está en línea con pronunciamientos de órganos consultivos o de control externo anteriores⁸. Entre estos pronunciamientos se encuentra el de esta Junta Consultiva, del

⁷ En estos informes, sobre “interpretación del artículo 118.3 de la LCSP”, de contenido parcialmente coincidente, se afirma que procede considerar ambas condiciones –que el objeto del contrato no se modifica de forma fraudulenta, fragmentando artificiosamente el contrato, y que el contratista no haya suscrito más contratos menores que superen el umbral establecido– como “cumulativas y conectadas con un fin último coincidente” que es “la proscripción de la división arbitraria del contrato con la finalidad de defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor”; aunque también se afirma que “la forma habitual de fraude consiste, en este caso, en la realización sucesiva de contratos menores con el mismo objeto exactamente” –el informe no hace referencia, sin embargo, al hecho de que dicho fraude no tiene que darse necesariamente con la misma empresa contratista, que es el límite que la Ley establece.

⁸ En este informe, sobre “incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores” la Junta Consultiva de Contratación de Aragón considera que “puede presumirse que el objetivo de la nueva regulación de los contratos menores es prevenir su utilización para la cobertura de

año 2014, sobre la inconveniencia de suscribir contratos menores sucesivos para la adquisición de bienes o servicios que se requieren repetidamente, por responder a necesidades de carácter recurrente, periódico o permanente⁹.

Sin embargo, este límite al mal uso de la contratación menor para cubrir necesidades periódicas o recurrentes que, como se ha dicho, no es nuevo, tampoco da respuesta, como sucede con la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos, a cuál es la finalidad de la limitación de contratos menores sucesivos a una misma empresa, sino únicamente a la licitación de contratos menores sucesivos con un mismo objeto.

- Evitar la adjudicación directa de contratos menores de manera reiterada a la misma empresa, es decir, incrementar la competencia y promover la diversificación de empresas que resultan adjudicatarias de estos contratos, “repartiendo” el mercado para evitar, tal como se ha señalado que se dice en la exposición de motivos, generar desigualdades entre las empresas favoreciendo siempre a la misma.

Esta finalidad, específica de la nueva limitación de suscribir menores con una misma empresa, se adiciona a la finalidad, cubierta como se ha dicho con el primer inciso del artículo 118.3 de la LCSP, de uso adecuado de la contratación menor, que persigue la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos.

Así, tratándose de contratos menores adecuados, por no corresponderse a fracciones de un contrato o no obedecer a la voluntad de cubrir necesidades recurrentes que procediera vehicular, con la debida planificación y programación previa, a través de otras figuras previstas en la LCSP –como los sistemas de racionalización de la compra, los contratos de obras o servicios que consisten en repetición, contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva–, el plus que añade esta nueva obligación es que dichos contratos menores adjudicados haciendo un uso adecuado de esta figura, se contraten

necesidades periódicas o recurrentes, que podrían satisfacerse mediante otros procedimientos de contratación si la necesaria planificación fuese adecuada.”

⁹ Informe 14/2014, de 22 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de la Generalitat de Catalunya, sobre “Contratación de prestaciones para cubrir necesidades de carácter recurrente o periódico. La contratación menor y la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos del sector público”, en el cual también se recordó que la contratación menor, prevista tradicionalmente en nuestro derecho de contratación pública, comporta una simplificación y una agilización procedimental necesarias en determinadas circunstancias y para determinadas adquisiciones o aprovisionamientos; que su finalidad es posibilitar una satisfacción rápida de determinadas necesidades, a través de un procedimiento ágil y sencillo, dada la escasa cuantía y duración temporal de los contratos mediante los cuales se pretenden cubrir; que su aplicación supone la excepción de los principios de libertad de acceso a las licitaciones y publicidad, así como la inaplicación del deber de salvaguardia de la libre competencia y de selección de la oferta económicamente más ventajosa y que es justamente por este motivo que la utilización de la figura contractual de los contratos menores ha sido objeto en múltiples ocasiones de delimitación, cuando no de restricción, en diferentes ámbitos organizativos y mediante diferentes instrumentos jurídicos, de manera que la contratación menor sería más propia de la satisfacción de necesidades puntuales que periódicas.

con varios empresarios con capacidad y con la habilitación profesional que, en su caso, sea necesaria para realizar la prestación y no siempre con los mismos, tomando como topes máximos cuantitativos de este límite el de los valores estimados que como máximo pueden tener estos contratos.

Por lo tanto, dado que la limitación que se analiza se establece por empresa contratista, hay que entender que su finalidad es esta, evitar el favorecimiento a una empresa, o la ausencia de “reparto” de mercado con la adjudicación de contratos menores reiteradamente a una misma empresa. Ciertamente, la limitación de contratar con la misma empresa un determinado volumen de contratos menores no parece que pueda tener como finalidad evitar el fraccionamiento de los contratos menores y la contratación de necesidades recurrentes y sucesivas a través de estos contratos ya que, de hecho, por sí sola permite la contratación menor sucesiva, siempre que se haga con diferentes empresas contratistas.

Estas otras finalidades de no fraccionamiento y no cobertura de necesidad recurrentes se alcanzan, en cambio, tanto a través de la previsión en la propia LCSP de la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos, que ahora hay que justificar expresamente para los menores mediante la justificación de no haberlo “alterado”; como con la obligación de programación establecida ahora expresamente en la LCSP¹⁰; e incluso con la obligación de tener en cuenta, en el cálculo del VEC, el valor total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos o el valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes o en el transcurso del ejercicio¹¹.

En definitiva, la finalidad de evitar la falta de rotación o de diversificación de empresas contratistas y, por lo tanto, el favorecimiento de una empresa contratista determinada frente el resto, es coherente con la redacción de la limitación, referida al deber de justificar y comprobar el cumplimiento de la regla según la cual “el contratista no ha suscrito más contratos menores (...)”, que se focaliza en cuál es la empresa a la que se adjudica el contrato y no en el contenido de éste, al cual sí que se refiere, como se ha dicho, la obligación de justificación de no estar alterando el objeto, que la precede y a la cual complementa o se suma, tal como indica el uso de la conjunción “y”.

¹⁰ El apartado 4 del artículo 28 dispone literalmente que “las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada”.

¹¹ El apartado 10 del artículo 101 de la LCSP dispone que en los contratos de suministro o de servicios que tengan un carácter de periodicidad, o de contratos que se deban renovar en un período de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades: a) El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial; b) El valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega o en el transcurso del ejercicio, si este fuera superior a doce meses.

Adicionalmente, también hay que tener en cuenta que la exclusión de los supuestos en que concorra exclusividad, la cual carece de sentido en caso que la finalidad de la limitación que se analiza se vincule a la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos o a la de no cubrir necesidades recurrentes con estos contratos menores, y al consiguiente deber de planificación de la contratación, es coherente con el hecho de que la finalidad de la limitación sea evitar la falta de rotación o el favorecimiento de una empresa contratista determinada frente el resto, afectando a la competencia. Así, con esta finalidad, tiene sentido dicha excepción, para permitir poder contratar reiteradamente a la misma empresa sin límite cuantitativo si se trata de obras, servicios o suministros que sólo pueden ser encomendados a una empresa, a pesar de operar, en estos casos también, la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos –si la finalidad de la norma fuera evitar el fraccionamiento de los contratos para poder contratar las fracciones mediante menores o evitar que se pretendan cubrir necesidades recurrentes mediante sucesivos contratos de estos tipos, esta excepción perdería su sentido.

Por lo tanto, con esta exclusión se admite la reiteración de empresa contratista en caso de que, por razones de exclusividad técnica o artística, se trate de la única empresa que puede llevar a cabo una determinada prestación, no operando el límite del volumen máximo de contratos menores adjudicados a una misma empresa, pero sí que, en cambio, los límites de no fraccionamiento del objeto de los contratos y de no cobertura de necesidades recurrentes con estos contratos.

Por lo tanto, hay que entender que el apartado 3 del artículo 118 de la LCSP establece dos obligaciones diferentes y complementarias, una primera relativa al objeto de los contratos menores, y una segunda relativa a las empresas que tienen que ser contratistas, cada una de las mismas tiene su finalidad diferente y complementaria de la otra. La primera, evitar fraccionamiento y la falta de planificación necesaria para cubrir necesidades periódicas y recurrentes –en definitiva, evitar el fraccionamiento, tanto el directamente fraudulento como aquel que sea debido a una incorrecta planificación y mala praxis–; y la segunda, limitar la posibilidad de que los contratos menores, a pesar de estar debidamente calificados como tales por provenir de una necesidad real y no fraccionada o incorrectamente planificada, se adjudiquen repetidamente a las mismas empresas.

III. Una vez analizada la finalidad de las limitaciones establecidas en el artículo 118.3 de la LCSP objeto de informe, y tomándola como referencia, puede interpretarse el alcance del artículo 118.3 de la LCSP para dar respuesta a las concretas cuestiones planteadas, la primera de ellas, relativa al ámbito temporal de la limitación establecida en el artículo que se analiza.

Este aspecto es, posiblemente, el ejemplo más claro de la deficiencia legislativa de este precepto, por la ausencia de una previsión del todo necesaria que hay que cubrir por vía interpretativa, dada la desproporción que supondría entender, de acuerdo con el literal de

la LCSP, que la prohibición de suscribir un determinado volumen de contratos menores con una misma empresa se establece sin límite o acotación en el tiempo¹².

En todo caso, se considera necesario descartar, ya de entrada, la posibilidad planteada por la ACM de que –en ausencia de despliegue reglamentario que, se presupone en el escrito de petición de informe, acotará este aspecto– el sistema de cómputo lo determinen los respectivos órganos de contratación “en las bases de ejecución del presupuesto del ente local”, tanto por la falta de cobertura normativa de esta posibilidad, como para entender que el sistema de cómputo tiene que ser el mismo para todos los órganos de contratación y estable en el tiempo.

Con respecto al ámbito temporal, partiendo del hecho de que esta limitación parece que se tiene que circunscribir al período de duración de los contratos menores¹³ –por ser la única referencia temporal de que se dispone respecto de estos contratos–, la cuestión que se plantea es si se tiene que contar por anualidad presupuestaria o por año natural, contado de fecha a fecha.

En todo caso, respecto de la determinación de cuál de los dos sistemas de cómputo señalados tiene que ser el aplicable a la limitación de suscribir el máximo de contratos menores con una misma empresa, hay que señalar, en primer término, que ambos sistemas se consideran adecuados y válidos, no siendo la Ley la que lo concrete y teniendo los dos argumentos que los avalan, tal como prueba el hecho de que las dos Juntas Consultivas que hasta el momento se han pronunciado sobre esta cuestión lo han hecho en sentidos diferentes, cada una llegando a considerar aplicable, con sus respectivos argumentos, el cómputo de la anualidad por los dos diferentes sistemas señalados¹⁴.

¹² Aunque el hecho de que la enmienda de la que trae causa esta previsión hiciera referencia expresa al hecho de que la empresa contratista no hubiera suscrito más contratos menores “en la misma anualidad” y que se aceptara la inclusión del redactado de la enmienda suprimiéndose la acotación temporal, parecería llevar a tener que considerar que la voluntad del legislador fue la de no delimitarla temporalmente.

¹³ De acuerdo con el artículo 29.8 de la LCSP, los contratos menores no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.

¹⁴ La Junta del Estado en el Informe emitido en el Expediente 42/2017, ya mencionado, ha entendido que el límite temporal tiene que ser el que marca la Ley respecto de la duración de los contratos menores y, atendiendo al hecho de que la LCSP no contempla otro trámite que la incorporación de la factura en el expediente, considera que este es el momento de inicio del cómputo –además, considera que el cómputo por ejercicio presupuestario no tendría mucho sentido para los contratos ejecutados al final del ejercicio y que se trataría de una opción convencional y menos segura. Por su parte, la Junta de Aragón en el Informe 3/2018, de 13 de febrero, considera aplicable el criterio de la anualidad presupuestaria porque conecta directamente tanto con la necesaria planificación contractual como con los controles financieros que realiza la Intervención, teniendo en cuenta, además, que los trabajos parlamentarios y los antecedentes legislativos apuntan en la misma dirección.

Así, dado que la referencia anual se toma, como se ha dicho, por ser la única referencia temporal establecida por la normativa respecto de estos contratos y que dicha referencia se establece con respecto a su duración sin circunscribir el año que sea coincidente con el ejercicio presupuestario, parecería adecuado entender que este límite tiene que operar respecto del año natural, contado desde la fecha de perfección de cada uno de los contratos menores. Sin embargo, teniendo en cuenta que el precepto que se analiza tiene por objeto establecer una limitación que se tiene que justificar en los expedientes de contratación y que está vinculada a la necesaria programación que tienen que llevar a cabo los órganos de contratación tomando como base el ejercicio presupuestario¹⁵, parece más adecuado, en ausencia de concreción legal, que esta limitación se circunscriba al año presupuestario, para facilitar –e, incluso, permitir– tanto su cumplimiento, como el control de éste.

Esta necesidad de velar por el correcto control del cumplimiento de la obligación legal es especialmente relevante en el ámbito de Cataluña, dado que la obligación introducida en el artículo 118.3 de la LCSP se añade a la establecida, respecto de estos mismos contratos, en el artículo 159 de la Ley 5/2017, del 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, que lleva por título “Medidas para promover la libre concurrencia y la prevención del fraude en la contratación pública de la Generalidad y de su sector público”, el cual incluye, entre las “Medidas de promoción de la libre concurrencia y la publicidad contractual”, la siguiente: “La formalización de más de dos contratos menores consecutivos con idéntico objeto y adjudicatario en un período de tiempo inferior a un año o la formalización de contratos menores con idéntico objeto y destinatario durante tres años consecutivos requiere la emisión de un informe justificativo por parte del órgano de contratación, en el caso de servicios y suministros superiores a 5.000 €, IVA excluido, y en el caso de contratos de obra de un importe superior a 12.000 €, IVA excluido. Este informe debe publicarse en la Plataforma de Servicios de la Contratación Pública y en el Portal de la Transparencia de la Generalidad”.

Por lo tanto, a la vista de las dos regulaciones, autonómica y estatal, que establecen limitaciones de los contratos menores sin precisar adecuadamente el ámbito temporal –la primera por falta de concreción, si bien de la expresión “durante tres años consecutivos” parece desprenderse que alude a ejercicios presupuestarios, y la segunda por omisión total–, se puede entender que se tienen que aplicar tomando como ámbito temporal el del ejercicio presupuestario, tanto para permitir el control del cumplimiento, como por ser ésta la base sobre la que las entidades del sector público tienen que efectuar la programación de su contratación.

En último término, con respecto a la cuestión planteada por la DGCP relativa a si “la aplicación de esta limitación, se tiene que entender que afecta a la contratación menor que se formalice con posterioridad en la entrada a vigor de la Ley”, la respuesta tiene que

¹⁵ De conformidad con el art. 28.4 de la LCSP, las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales.

ser afirmativa, dada la regla general del derecho de irretroactividad de las normas¹⁶, de manera que tanto la limitación que establece como las obligaciones de justificación que impone se aplican únicamente a los contratos menores que se suscriban con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP.

Cuestión diferente es la de si para entender copado el volumen máximo de contratos menores que se puede suscribir con una misma empresa hay que tener en cuenta únicamente los contratos suscritos con ésta a partir de la entrada en vigor de la LCSP o todos los contratos menores que se hayan suscrito con aquella determinada empresa en el ejercicio presupuestario en que ha entrado en vigor la Ley. Respecto de esta cuestión, si bien se entiende el criterio de la Junta del Estado que contabilizar en el volumen máximo los contratos menores suscritos en el periodo que se tome como referencia no conlleva una aplicación retroactiva de la norma, en la medida en que la limitación y las obligaciones de justificación que impone se aplican únicamente a los contratos menores suscritos una vez ha entrado en vigor la LCSP, también se entiende que tener en cuenta contratos menores anteriores a dicha entrada en vigor, a efectos del cómputo del volumen máximo de contratos menores con una misma empresa, conlleva *de facto* aplicar también a aquellos contratos la limitación que se analiza. Por este motivo, se considera más conforme con derecho que todo el régimen derivado del artículo 118.3 de la LCSP, incluido el inicio del cómputo del volumen máximo de menores, se aplique tomando como fecha de inicio de dicha aplicación, la de la entrada en vigor de la Ley.

Así, a partir de la entrada en vigor de la Ley, resulta exigible tanto la obligación de justificar que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de la normativa de contratación –la obligación de justificación, no la obligación de no hacerlo, que ya operaba con anterioridad a esta nueva Ley–, como la obligación de comprobar que no se han suscrito en aquel ejercicio un volumen de contratos menores con una determinada empresa superior al permitido por la LCSP, tomando en consideración, para el inicio del cómputo del volumen máximo del presente ejercicio, el día 9 de marzo.

IV. La segunda de las cuestiones que se plantea es la relativa al ámbito objetivo de la limitación que se analiza y, en concreto, si la limitación hay que entenderla establecida con independencia del objeto contractual de que se trate, o bien si sólo tiene que resultar de aplicación tratándose de contratos menores que tengan el mismo objeto.

Dada la finalidad de la limitación de suscribir más de un determinado volumen de contratos menores con una misma empresa, de acuerdo con lo que se ha expuesto en la consideración jurídica II de este informe, hay que entender que, si bien la conveniencia de aumentar la competencia “diversificando” las empresas con las que suscribir contratos menores tiene que operar respecto de todos ellos, la limitación de no contratar con la misma empresa más de un determinado volumen de contratos tiene todo el sentido en el caso de que se trate de contratos con un mismo objeto, ya que es respecto de estos que se establece la competencia entre empresas existentes en un determinado mercado.

¹⁶ De acuerdo con el artículo 2 Código Civil, las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario.

Este ámbito objetivo de aplicación de la limitación parecería que es coincidente con el considerado por la Junta Consultiva de Aragón en el Informe 3/2018 ya mencionado, en el cual, después de considerar que su finalidad es evitar la utilización de contratos menores para cubrir necesidades periódicas o recurrentes que podrían satisfacerse mediante otros procedimientos de contratación con una adecuada planificación, entiende que el carácter recurrente de la necesidad se plasma en “objetos de los contratos idénticos o al menos similares”. Sin embargo, la conclusión a la que llega es que la limitación –la “incompatibilidad” en términos de aquella Junta– establecida en este precepto opera respecto de contratos menores “de la misma tipología”, es decir, obras, servicios y suministros, a pesar de que los objetos contractuales respectivos puedan no tener nada que ver unos con los otros –así, esta conclusión lleva a considerar que la limitación opera respecto, por ejemplo, de un contrato de servicios informáticos y de un contrato de agencia de viajes con los cuales, en ningún caso, se puede considerar que pretendan cubrir necesidades periódicas o recurrentes por ser independientes el uno del otro.

También la Junta Consultiva del Estado, en los informes emitidos en los expedientes 41/2017 y 42/2017, antes mencionados, al interpretar que la finalidad de la limitación es la proscripción de la división arbitraria del contrato para defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor, hace referencia al hecho de que dicha interpretación impide que un excesivo rigorismo en su interpretación conduzca a resultados tales como la imposibilidad de ejecutar sucesivos contratos menores por parte de un operador económico cuando sus objetos sean cualitativamente distintos. Sin embargo, esta Junta Consultiva va más allá al circunscribir la limitación a prestaciones que constituyan una “unidad de ejecución en lo económico y lo jurídico”, de manera que entiende que no tiene que operar la limitación respecto de objetos equivalentes si “no hay ninguna duda” de que no constituyen dicha unidad.

Respecto de esta “flexibilización” de la limitación impuesta en el artículo 118.3 de la LCSP hay que señalar que, dado que, como se ha dicho, de la dicción de este precepto se constata que establece dos obligaciones complementarias y con diferentes finalidades –la relativa al deber de no alterar el objeto del contrato para evitar la aplicación de la normativa de contratación, que tiene como finalidad un uso adecuado de los contratos menores, para que no resulten de un fraccionamiento fraudulento del objeto del contrato, “y” la relativa a la no suscripción de más de un determinado volumen de contratos menores con una misma empresa–, no se puede considerar que la limitación de contratar reiteradamente a la misma empresa opere sólo cuando se ha producido aquel fraccionamiento. Realmente, sería del todo inadecuado el establecimiento de una regulación que fijara una obligación para el caso de incumplimiento previo de la norma, más allá del deber de restablecimiento o de finalización del incumplimiento. Por este motivo, no se puede compartir la interpretación de que el precepto que se analiza establece la obligación de comprobación de no suscribir más de un determinado volumen de contratos menores con una misma empresa, en los casos en que estos contratos se suscriban incumpliendo la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos. De hecho, en caso de fraccionamiento indebido del objeto de un contrato, los contratos menores que resultaran serían nulos de pleno derecho, por suscribirse prescindiendo totalmente y absolutamente del procedimiento establecido, sin tener sentido en este caso

tener que entrar a considerar cuál es la empresa que puede ser la contratista por no haber suscrito contratos menores previos.

En definitiva, se considera que la limitación de contratar con una misma empresa contratista un determinado volumen de contratos menores cumple con su finalidad y tiene su razón de ser respecto de contratos con los mismos objetos, y que esta limitación no sólo opera respecto de contratos menores nulos de pleno derecho por resultar del fraccionamiento indebidamente del objeto de un contrato mayor.

Con respecto a la concreción de cuando debe entenderse que se trata de los mismos objetos, y en concreto, respecto de la cuestión de si tiene que tratarse de contratos idénticos o es suficiente que sean similares, hay que entender que tienen que ser contratos que tengan por objeto las mismas prestaciones¹⁷, sustancialmente, sin que, tratándose de un contrato con varias prestaciones, la incorporación o la supresión de alguna de ellas se considere suficiente para permitir que se contrate a una empresa a la cual ya se le ha adjudicado el volumen máximo de contratos menores para el respectivo periodo. No se considera, por lo tanto, necesario que para que la limitación opere tenga que tratarse de contratos con una coincidencia exacta de prestaciones, de manera que se permitiera esquivar la aplicación de la limitación con pequeñas modificaciones de los objetos contractuales.

Por lo tanto, la coincidencia de objetos contractuales hay que establecerla en función de similitud de las prestaciones que los componen, sin tener que tener en cuenta, a estos efectos, la diferenciación entre las unidades destinatarias del contrato de un mismo órgano de contratación a que se alude en la consulta. De hecho, entenderlo de forma contraria –es decir, que el objeto es diferente por ser diferente la unidad destinataria– consistiría, *de facto*, en interpretar que el límite que se analiza se establece, no por órgano de contratación y por objeto contractual, sino por unidades destinatarias. Asimismo, se considera que tampoco se puede circunscribir la identidad de objetos a los supuestos en que estos tengan “un mismo ámbito temporal de prestación, ejecución o entrega”, los cuales dependerán de las características concretas de las necesidades puntuales que se tengan que cubrir con contratos menores, de manera que previsiblemente irán variando, pudiendo dar lugar, por lo tanto, esta interpretación, a la elusión de la limitación, con la consiguiente pérdida de la finalidad que pretende.

V. En último lugar, hay que dar respuesta a la cuestión planteada por la ACM relativa a si se tiene que entender que el límite de contratos menores suscritos con una misma empresa también tiene que operar en casos de “consulta en tres o más empresas, o su publicación en el perfil de contratante”.

Ciertamente, teniendo en cuenta la finalidad de esta limitación, de no beneficiar indebidamente a determinadas empresas respecto de otras e incrementar la

¹⁷ Habría que vincular esta coincidencia con la necesidad que se pretende cubrir con la contratación de las prestaciones correspondientes, y con su necesaria relación con el objeto del contrato, que tiene que ser directa, clara y proporcional, de acuerdo con lo que disponen los artículos 29 y 116 de la LCSP.

competencia, de modo que, a pesar de poder seguir escogiendo directamente a la empresa con la cual suscribir los contratos menores, estos no se suscriban siempre con las mismas empresas, deja de tener sentido aplicarla si se da publicidad a la “licitación” del contrato menor y se selecciona a las empresas que tengan que resultar adjudicatarias por haber presentado la oferta más ventajosa y no directamente.

La exposición de motivos del Decreto-Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía, del Gobierno de Aragón, alude también a esta pérdida de sentido de la aplicación de la limitación en los supuestos en que se da publicidad de la licitación, cualquier empresa se puede presentar y el contrato se adjudica a la mejor oferta, señalando, además, que sería contrario al principio de igualdad de trato a los licitadores y que supondría *de facto* una prohibición de contratar para quien presenta la mejor oferta en respuesta a un anuncio de licitación en el perfil de contratante en el marco de un contrato de pequeña cuantía, que sería incoherente con los procedimientos ordinarios en los que no se dispone prohibición de contratar futura para quien resulte adjudicatario.

Sin embargo, dado que la LCSP no contiene ninguna excepción a la aplicación de la limitación establecida en el artículo 118, y con la voluntad de no hacer decir a la Ley aquello que no dice más allá de lo que es estrictamente indispensable para poder aplicarla –como son el límite subjetivo, objetivo y temporal que se han analizado–, hay que afirmar que la única vía prevista en la LCSP para evitar la aplicación del límite de adjudicación de contratos menores a una misma empresa es, justamente, no suscribir estos contratos, sino contratos de valores estimados reducidos a través del procedimiento abierto simplificado abreviado.

A esta misma conclusión ha llegado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en el Informe 3/2018, de 13 de febrero, ya mencionado, en el cual afirma que el hecho de dar publicidad al contrato menor “no puede servir por sí mismo para alterar un régimen jurídico claramente establecido en la Ley, lo que supondría *de facto* la creación un procedimiento nuevo, no regulado en la Ley”.¹⁸

Entendiendo, por lo tanto, que la redacción del artículo 118 de la LCSP no permite considerar que no resulta de aplicación este límite en el caso de publicar anuncios para la

¹⁸ Para dar cobertura legal a este supuesto, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón se ha aprobado el Decreto-Ley 1/2018, de 20 de marzo, ya mencionado, el artículo único del cual modifica la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, añadiendo la siguiente previsión: “La licitación de los contratos menores, cualquiera que sea su cuantía, podrá ser objeto de publicidad en el perfil de contratante. En tal caso, el plazo para la presentación de proposiciones no podrá ser inferior a cinco días hábiles, a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante. En el anuncio se identificará el objeto del contrato y las prestaciones que lo integran, los criterios de adjudicación, y cualesquiera circunstancias que hayan de tenerse en cuenta durante la ejecución del mismo. Podrá presentar proposición cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación. Los contratos menores adjudicados con publicación de un anuncio de licitación no limitarán la adjudicación de ulteriores contratos menores por el mismo procedimiento. La celebración de contratos menores se consignará en el registro de contratos de la entidad contratante”.

adjudicación de los contratos menores, todavía menos se puede entender que este límite no fuera de aplicación cuando, sin publicidad, se pidiera oferta a un determinado número de empresas.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula las siguientes

CONCLUSIONES

I. La finalidad de la nueva limitación establecida en el artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, relativa al volumen máximo de contratos menores que se pueden adjudicar a una misma empresa, es incrementar la competencia, evitando generar desigualdades entre las empresas, favoreciendo siempre a la misma con la suscripción de sucesivos contratos menores, y promoviendo la diversificación de empresas contratistas de estos contratos. Dicha finalidad, específica de esta limitación, se adiciona a la finalidad que persigue la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos, prevista con carácter general para todos los contratos públicos y ahora expresamente también para los contratos menores, de que se haga un uso adecuado de la contratación menor.

II. El periodo anual que hay que entender como ámbito temporal aplicable a la limitación de suscribir un determinado volumen de contratos menores con una misma empresa contratista, se considera conveniente computarlo por ejercicio presupuestario, tanto con la finalidad de permitir el control del cumplimiento de dicha limitación –que en Cataluña se añade a la establecida en el artículo 159 de la Ley 5/2017, del 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público–, como por ser ésta la base sobre la que las entidades del sector público tienen que efectuar la programación de su contratación.

III. La limitación de suscribir un determinado volumen de contratos menores con una misma empresa contratista hay que entenderla referida a contratos con los mismos objetos, considerados como aquellos que se componen de prestaciones sustancialmente coincidentes.

IV. El hecho de dar publicidad a los contratos menores, o de solicitar ofertas a un número determinado de empresas, no impide que, si el contrato que se licita es un contrato menor, le resulten de aplicación todas las limitaciones que el artículo 118.3 de la LCSP establece, sin prever excepciones, para estos contratos.

Barcelona, 20 de abril de 2018

Informe 1/2018, de 25 de abril de 2018, sobre interpretación del apartado 3º del art. 118 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público.

ANTECEDENTES

Por el Presidente de la Diputación de A Coruña se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

ASUNTO: Consulta a la Xunta Consultiva de Contratación de Galicia relativa a la regulación de los contratos menores.

I.-Los CONTRATOS MENORES EN La LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

1.- La Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, publicada en el BOE núm. 272 de fecha 9 noviembre 2017, de acuerdo con lo establecido en la disposición final decimosexta, entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación, es decir el 9 de marzo de 2018, excepto en los supuestos indicados en la citada disposición.

2.-En esta Ley los contratos menores se regulan entre otros en los artículos 118; 29.8; 36.1; 37.2; 63.4; 131.3; 153.2; 153.6; 154.5;

El apartado 1 del artículo 118 dispone: “Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan”

El apartado 3 del artículo 118, dice:

“ En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no suscribió más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.la).2º”

II. CUESTIONES QUE SE EXPONEN

En esta Administración se presentan dudas respecto de la interpretación que deba darse al siguiente párrafo **“y que el contratista no suscribió más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”.**

1.- ¿A qué se está refiriendo la expresión “suscrito”? , puesto que los contratos menores no se formalizan en documento administrativo, es decir, la que debemos entender que se refiere:

1.1.-Al acto administrativo de adjudicación, sí este existe, dado que no es obligatorio.

1.2.- A La fecha de aprobación del gasto

1.3.-A La fecha de solicitud formulada por el órgano de contratación de la Administración para que el contratista ejecute un contrato menor (obra, servicio o suministro)

2.-¿Cuál es el ámbito temporal de esta limitación?, es decir se refiere:

2.1.- A los adjudicados dentro de cada ejercicio presupuestario,

2.2.- A los adjudicados dentro cada año natural

2.3.- A los suscritos por un mismo contratista en un año desde la fecha en que se efectúa el primer contrato.

3.-¿Computan en este cálculo las empresas vinculadas?

4.-¿Computan también los suscritos con UTES?

5.-Sí un contratista tiene diversos objetos sociales ¿el cómputo se refiere a cada categoría de contrato que se le adjudique (obras, servicios, suministros) o a todos?: Entendemos que a cada categoría

6.-Si la Administración acude a la publicación en el Perfil de Contratante de la selección del contratista en un contrato menor, conforme a los principios del artículo 1, ¿computa también dentro de este límite el contrato adjudicado previa publicación y criterios objetivos?

7.- Cuando se habla de contratos suscritos, ¿a que sujetos, entidades o órganos se refiere?:

7.1.-¿A los suscritos por cada Administración o entidad?. Entendemos que esta no debe ser la interpretación, pues en nuestra opinión debe referirse al órgano de contratación, a tenor del establecido en el artículo 61.1 LCSP.

7.2.- ¿En cada órgano de contratación aunque existan órganos de contratación distintos en una misma Administración o entidad? Así en la Comunidad Autónoma de Galicia el artículo 34 Ley 1/1983, destaca que “los Conselleiros tienen competencia para firmar en nombre de la Xunta contratos de su competencia”, y en el supuesto de que la Xunta o una Consellería acuerde la creación de una Junta de



contratación parece que hay que entender que dado que es un órgano de contratación distinto y no computan los contratos suscritos por el Conselleiro con los de la Xunta de Contratación de esa misma Consellería.

(*) Así de igual modo en la Administración General del Estado, el artículo 323.1 señala que "los Ministros y los Secretarios de Estado son los órganos de contratación de la Administración General del Estado y, en consecuencia, están facultados para celebrar en su nombre los contratos en el ámbito de su competencia"; y que por tanto cuando un Ministerio cuenta con Junta de contratación (art. 323.4) parece que hay que entender, Igualmente, que dado que es un órgano de contratación distinto no computan los contratos suscritos por el Ministro con los de la Xunta de Contratación de ese mismo ministerio.

Como en el caso anterior cuando en una Administración Local, en unos contratos el órgano de contratación es el Alcalde o Presidente de la Entidad, (disposición adicional segunda 1) y en otros es el Pleno, en caso de que los recursos ordinarios sea inferior a los umbrales de los contratos menores (Disposición adicional segunda 5), entendemos que el computo debe referirse a los contratos suscritos por cada órgano y no a la suma de ambos. De igual modo entendemos que si una Entidad Local cuenta con una Junta de Contratación (disposición Adicional segunda 5) entendemos que no computan con los adjudicados por el Alcalde o Pleno.

7.3.- ¿Como rige el cómputo en supuestos de desconcentración o delegación (art.61.25)?

(*) Artículo 31, Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración General y del Sector público autonómico de Galicia. 4. Los delegados territoriales son competentes en su ámbito territorial para: f) Ser los órganos de contratación de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Galicia en sus respectivos ámbitos competenciales, dentro de los créditos presupuestarios que se les asignen y de acuerdo con los límites y requisitos generales que se fija por decreto de la Xunta. En todo caso, serán titulares de la competencia para la celebración de contratos menores

8.- En los anticipos de caja fija, ¿cómo deben operar y computarse estos límites?, pues en algunas Administraciones existen simultáneamente muchos funcionarios habilitados

9.- ¿Que ocurre si una Administración, entidad o un órgano de contratación supera estos límites de contratos menores suscritos con un mismo contratista, pues se precisa disponer de aplicaciones informáticas que faciliten el control y que impidan a priori superar estos límites?

10.- La motivación de la necesidad del contrato (la que se refiere el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 118) ,y la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato (art. 118.3) ¿cuando debe realizarse? :

10.1.- ¿Antes de suscribir el contrato menor?

10.2.- ¿En el momento de conformar la factura?

11.-¿Como se aplica la disposición transitoria primera a los contratos menores?

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1.- Según lo dispuesto en el artículo 2.1 del Decreto 237/2007, de 5 de diciembre, por el que se crea la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa le corresponde a este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquellas cuestiones que, en materia de contratación administrativa, sometan a su consideración las entidades enumeradas en su artículo 1 entre las que figuran las entidades locales de Galicia.

2.- Todas las cuestiones de la solicitud de informe se refieren a la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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-2017).

3.- Antes de proceder a responder a las cuestiones formuladas se debe hacer la consideración de que, como viene observando gran parte de la doctrina y expertos en la contratación pública, el artículo 118 contiene, en su redacción final tras su paso por el Parlamento, graves deficiencias que exigen una interpretación clarificatoria de sus términos y contenido ya que, principalmente su apartado tercero, provoca inseguridad jurídica en los distintos operadores que participan en un contrato, sean sector público o licitadores.

Este órgano consultivo entiende, también, que la interpretación literal de la norma no es suficiente ya que, si se lleva a cabo con independencia del contexto en el que se sitúa en el artículo 118, puede llevar, como veremos, a resultados contrarios al resto del articulado de la ley y opuestos a la finalidad de esta, lo que hace precisa una interpretación integradora de la normativa analizada que corrija los aspectos que provocan las cuestiones que se reflejan en esta y en otras consultas de las que taren causa, por señalar las más relevantes hasta esta fecha, los Informes 3/2018, de 13 de febrero, de la JCCA de la C.A. de Aragón, los Informes 41/2017, 42/2017 y 5/2018 de la Junta Consultiva de contratación pública del Estado y el Informe 1/2018, de 11 de abril, de la Junta consultiva de contratación de la Comunidad de Madrid.

4.- Comienza el artículo 118 considerando contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios.

No hay cambios en lo que respeta al plazo de duración y de ejecución de la prestación de estos contratos -que no puede ser superior a un año ni ser objeto de prórroga (artículo 29.8 LCSP)- ni respeto a su principio antiformalista que queda reflejado en los artículos 37 y 153 de la norma.

5.- A la vista de la regulación de la nueva LCSP los cambios más sobresalientes de los contratos menores se producen fundamentalmente en su tramitación.

En este sentido, -a salvo las peculiaridades que para los contratos de obras se mantienen en lo que respecta a la necesidad de pedir presupuesto y de redactar proyecto y solicitar informe de supervisión en los casos previstos-, lo que antes se limitaba a una aprobación de gasto e incorporación de factura, se transforma en un proceso más complejo de tramitación del expediente al introducir dos nuevos requisitos de gran interés, tanto por su contenido intrínseco cómo por su implementación en la línea temporal del proceso, siendo esto de gran importancia a la hora de abordar alguna de las preguntas de la Diputación.

Estos nuevos requisitos son, primero, la necesidad de incorporar un informe motivando las necesidades del contrato y , segundo, la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no suscribió más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra de 40.000 € en contratos de obras y 15.000 € en suministros y servicios. Y se debe significar que en ambas actuaciones interviene el órgano de contratación:

- Párrafo 2 del artículo 118.1: “En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato”.

- Párrafo 1 del artículo 118.3: El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de la no alteración del objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de la contratación y que el contratista no suscribió más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado 1 del artículo.

6.- Apoyándonos en las preguntas de la solicitud de informe intentaremos dar explicación a las dudas que básicamente se presentan sobre el párrafo 3º del artículo 118 de la nueva LCSP que literalmente dice: ***“En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no suscribió más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de la dicha regla”.***

Para eso, con el fin de facilitar el análisis, agruparemos las respuestas en tres grandes apartados de este informe:

- Primero las cuestiones referidas a los **elementos objetivos** de la regla, esto es, las cuestiones vinculadas a identificar los contratos menores a los que hace referencia el 118.3 de la LCSP a efecto de cómputo de límites: ¿la prohibición se aplica a todos los contratos menores que se concierten con una administración o se aplica por los distintos tipos de contratos típicos?, ¿qué quiere decir el artículo cuando se refiere a contratos menores “suscritos”?, ¿deben computarse también los contratos menores con anuncio de licitación publicado en una plataforma de contratación?,...

- En un segundo bloque las cuestiones referidas a elementos **subjetivos**, esto es, sobre los sujetos, entidades y órganos sobre los que se ejercerá la comprobación del cumplimiento de la regla del 118.3 de la LCSP: ¿la prohibición afecta a los contratos menores concertados con una administración o se aprecia por cada órgano de contratación?, ¿qué ocurre con los contratistas integrantes de UTEs y que forman parte de grupos de empresas? ¿cómo operan los anticipos de caja fija gestionados por los órganos de contratación?,...

- Y finalmente trataremos sobre las cuestiones referidas a elementos **temporales**, esto es, cuestiones sobre el ámbito temporal del control, tanto en el aspecto de cómputo de contratos suscritos como del momento de efectuarlo, además de una aclaración sobre el período transitorio de la ley respecto a los contratos menores: dado que el artículo no señala plazo en el que se debe apreciar la prohibición, ¿esta debe ser perpetua o puede acudirse a los otros parámetros temporales como la anualidad presupuestaria o la duración de los contratos menores desde lo comienzo de su ejecución? ¿cuándo debe realizarse la comprobación del cumplimiento de dicha regla?, ¿cómo se aplica la Disposición Transitoria 1ª de la ley a los contratos menores?

I. ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA REGLA DEL 118.3

I.1. Es la pregunta 5 que hace la Diputación en su consulta la que da entrada a una de las causas de mayor controversia en la interpretación de este párrafo 3 del artículo 118: ¿qué contratos debemos computar en su cálculo cuando estamos ante un contratista con diversos objetos sociales en su título constitutivo o con posibilidad de resultar adjudicatario de distintas tipologías contractuales (obras, servicios, suministros)?.

En este sentido encontramos ya dos interpretaciones doctrinales divergentes:

- El Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la JCCA de la C.A. de Aragón concluye: *“La regla de incompatibilidad que establece el art. 118.3 debe operar respecto a contratos menores de la misma tipología a aquel que pretenda adjudicarse de manera sucesiva, es decir, entre contratos menores de obras, entre contratos menores de servicios o entre contratos menores de suministros respectivamente, anteriores al nuevo contrato de obras, servicios o suministros que pretenda adjudicarse.”*¹

- Por su parte, el informe 42/2017 de la Xunta Consultiva de contratación pública del Estado, concluye que *“La ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen*

¹ En el mismo sentido el Informe 1/2018, de 11 de abril, sobre adjudicación de contratos menores en la nueva ley de contratos del sector público de la Junta consultiva de contratación de la Comunidad de Madrid.

una unidad. Por eso, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma.”

Para analizar esta cuestión debemos partir de la base de que el párrafo 3 del artículo 118 de la LCSP no se refiere a la adjudicación del contrato ni a la elección del empresario contratista ni establece ninguna regla sustantiva nueva en relación con la tramitación de los contratos menores, sino que exige un nuevo requisito formal dentro del expediente de contratación menor, que es la justificación que debe realizarse en el expediente de contratación de determinados extremos. Así, el párrafo comienza refiriéndose a una nueva exigencia de justificación explícita en el expediente relativa al objeto del contrato: “debe justificarse que se cumplen las reglas legales generales relativas a la prohibición del fraccionamiento del objeto del contrato”.

Por lo tanto, cuando el artículo 118.3 se refiere a que se justifique que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, debe entenderse como una exigencia de justificar explícitamente que el objeto del contrato resulta completo, en aplicación de las reglas generales de la Ley, y que, por lo tanto, no concurre un supuesto de fraccionamiento ilícito.

Sobre este tema, debe recordarse que el Capítulo I, “Normas generales”, del Título III, “Objeto, presupuesto base de licitación, valor estimado, precio del contrato y su revisión”, del Libro Primero de la LCSP, “Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos”, comienza refiriéndose, en su artículo 99, al “Objeto del contrato”, expresando, en su número 2: “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.”

Esta regla se apoya en otras de la Ley como las previstas en los artículos 13 y siguientes, en cuanto definen el objeto de los distintos contratos típicos y en las reglas recogidas en el artículo 101 en cuanto al cálculo del valor estimado de los contratos.

Lo expresado determina que, a nuestro juicio, la nueva LCSP no introduce en este aspecto ninguna modificación sustantiva en el régimen de los contratos menores. Se limita a remitirse a las normas generales de la Ley y a exigir de forma explícita una exigencia de justificación expresa de un aspecto que ya se debía considerar aplicable al amparo del régimen legal anterior, en el que, obviamente, también existía la regla de prohibición del fraccionamiento del objeto de los contratos.

Siguiendo la línea interpretativa expuesta, debemos analizar el sentido e interpretación del inciso que el artículo recoge a continuación relativo a la justificación de que *“el contratista no suscribió más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”*.

Una interpretación del artículo en el sentido de pretender establecer una nueva regla prohibitiva en razón de la cuantía de los contratos menores a los que puede optar un contratista determinado, incurre a nuestro juicio en un exceso interpretativo y en resultados antisistemáticos en relación con la ordenación general de la LCSP, ya que llevaría a concluir la existencia de una suerte de nueva prohibición para contratar con la administración mediante contratos menores por el mero hecho de tener concertados otros anteriormente.

La interpretación del artículo 118.3 como una regla limitativa autónoma, con independencia de las reglas generales sobre el objeto del contrato, presentaría contradicciones lógicas y sistemáticas con el resto de la regulación legal. Así, de este modo, esta interpretación como regla prohibitiva evitaría la adjudicación de diferentes contratos menores (con distinto objeto) a un contratista idóneo por el mero hecho de haber sido adjudicatario de otros contratos menores anteriores, aunque se pudiera justificar que sería la mejor selección por ser la oferta económicamente más ventajosa, lo que produciría resultados contrarios a la eficiencia y a la libre competencia, al tener la administración que acudir a licitadores menos aptos o competentes por el simple hecho de no haber sido adjudicatarios de contratos menores anteriores. Estas consecuencias, por lo tanto, serían contrarias a los principios recogidos en el artículo 1 de la LCSP: principios de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación, eficiente utilización de los fondos públicos, salvaguarda de la libre competencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa.

La clave de la cuestión, para esta Junta Consultiva, radica en que resulta posible entender el inciso en cuestión del número 3 del artículo no como una regla prohibitiva independiente o autónoma, sino como una precisión de la regla que la antecede, lo que conduce además a un resultado ya coherente sistemáticamente con el contexto del párrafo y con las reglas generales de la LCSP.

Se trataría de elevar las exigencias de motivación y justificación referidas al cumplimiento de las reglas legales existentes sobre el objeto y valor estimado, sin pretender establecer una regla independiente.

En particular, el entendimiento de la regla de no concertación de otros contratos menores en el sentido de referirse, de acuerdo con las reglas generales de la ley, al mismo objeto del contrato, y, por lo tanto, como una especificación de la primera de las menciones del precepto relativa a la no alteración del objeto del contrato es coherente con la propia dicción del precepto cuando expresa, a continuación, que *“el órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla”*. Esto es, el propio precepto

interpreta las menciones que anteceden a esta expresión como una única regla y no como dos reglas no relacionadas entre sí.

En conclusión, por las razones expuestas, a juicio de esta Junta Consultiva y de acuerdo con lo manifestado por la JCCA del Estado, la interpretación correcta del artículo 118.3 sería la de entender que en el expediente de contratación del contrato menor debe justificarse que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que, por lo tanto, el contratista no suscribió más contratos menores *con el mismo objeto* que, individual o conjuntamente, superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo.

I.2. Concretado el extremo anterior, pasamos a analizar a que se está refiriendo el legislador cuando usa la expresión “suscrito” en el literal “*y que el contratista no suscribió más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra...*”.

Como expresa la propia consulta, los contratos menores no requieren de formalización de acuerdo con la LCSP, dado que su existencia se acredita con los documentos a los que se refiere el artículo 118 (artículos 37.2 LCSP, relativo al carácter formal de la contratación del sector público, y 153.2 LCSP, relativo a la formalización de los contratos), esto es, la documentación administrativa en la que se recoja la motivación de la necesidad del contrato y la justificación de que no se fracciona el objeto indebidamente, la aprobación del gasto y la incorporación al expediente de la factura. Por lo tanto, estos contratos no requieren de la formalización para su perfección (artículo 36 LCSP, relativo a la perfección de los contratos). Ante la ausencia de una norma en la LCSP que establezca el momento de la perfección, debe acudir a la regla general del Código Civil (artículo 1258), que determina la perfección por el mero consentimiento, esto es, por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (1262 del Código Civil).

De lo anterior cabe concluir que por contratos suscritos debe entenderse contratos perfeccionados por el consentimiento de las partes, es decir, en los que concurra la voluntad de ejecutar el contrato en los términos pactados entre el licitador y el órgano de contratación.

I.3. Respeto a si computan en este cálculo los contratos adjudicados a las empresas vinculadas (pregunta 3 del peticionario) como venimos indicando, entendemos que el artículo 118.3 no recoge una limitación de la capacidad para ser adjudicatario de contratos menores por el hecho de haber sido adjudicatario de contratos anteriores, dado que a lo que debe atenderse es al objeto del contrato y a la inexistencia de fraccionamiento. Por lo tanto, siempre que estemos ante contratos con objeto distinto, un solo contratista podrá ser adjudicatario de contratos menores aunque su importe agregado supere conjuntamente las cifras recogidas en el artículo 118.1. Si esto es así, obviamente tampoco existe limitación para las empresas de un grupo con tal de que sean contratos con objetos diferentes e idéntica

debe ser la respuesta respecto al cómputo de contratos suscritos con UTES (pregunta 4) en el sentido de que la apreciación de la existencia o no de fraccionamiento no viene determinada por el número de adjudicatarios ni por su condición o no de UTE.

I.4. La siguiente pregunta que el peticionario vincula al cómputo de los contratos menores a los efectos del 118.3 es sobre su posible exclusión de dicho cómputo en el caso de que se publiciten los anuncios de los contratos menores (con indicación previa de los criterios objetivos de adjudicación), en los perfiles del contratante a los que hace referencia el artículo 63 de la LCSP.

La cuestión se refiere, por lo tanto, a aquellos supuestos en los que la administración, pese a no venir exigido legalmente, acude a la publicación en el Perfil de Contratante de la existencia de un procedimiento de adjudicación de un contrato menor y se compromete a adjudicarlo conforme los principios del artículo 1 de la LCSP a la mejor oferta de acuerdo con criterios objetivos.

Indudablemente, esta forma de gestión de los contratos menores representa una mejora voluntaria del estándar legal aplicable e implica una autolimitación impuesta a la discrecionalidad administrativa presente en su adjudicación, dado que tiende a una adjudicación más acorde con los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, e igualdad de trato, así como adecuada para conseguir una mayor eficiencia en la utilización de los recursos públicos mediante la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

En la interpretación que en este informe se hace del artículo 118.3, la cuestión que se formula pierde parte de su sentido, dado que la interpretación de esta Junta Consultiva consiste en entender que debe justificarse en el expediente que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no suscribió más contratos menores con el mismo objeto que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. De este modo, con independencia de su publicación o no en el perfil y adjudicación o no conforme a criterios objetivos, será lícito adjudicar contratos menores que tengan diferente objeto al mismo contratista, aunque conjuntamente la suma de ambos supere la cifra prevista en la LCSP. Por lo contrario, si las necesidades previstas de la administración para un objeto contractual, calculadas de acuerdo con las reglas de valor estimado previstas en la LCSP, superan las cuantías previstas para el contrato menor, el procedimiento de contratación debe tramitarse de acuerdo con las reglas generales previstas en la LCSP según la indicada cuantía, por lo que no sería correcto fraccionar el objeto y adjudicar este objeto contractual único en varios contratos menores, aunque estos se anunciaran en el perfil del contratante y se adjudicaran con criterios objetivos.

II. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA REGLA DEL 118.3

II.1. Sobre la determinación de los sujetos, entidades y órganos que abarcan el cálculo de los límites cuantitativos a los que se refiere el 118.3 de la LCSP también encontramos doctrina divergente entre los informes de los órganos consultivos analizados que ya se pronunciaron al respecto:

- El Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la JCCA de la C.A. de Aragón señala *“Esta Junta se inclina por considerar que la regla de incompatibilidad resulta de aplicación respecto a los órganos de contratación, porque el propio precepto se refiere expresamente a que serán los órganos de contratación los que «comprobarán el cumplimiento» de la regla de incompatibilidad. Por tanto, la adjudicación de contratos menores por parte de un órgano de contratación no impedirá que otros órganos de contratación de la misma entidad contratante adjudiquen contratos al mismo operador económico, ni «consumirá» el importe al que como máximo pueden ascender los contratos menores cuando se adjudiquen por otros órganos de contratación de la misma entidad.*

En este punto debe recordarse lo previsto para los casos de delegación de competencias en el art. 9.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: «Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante». En consecuencia, mediante la delegación de competencias no podrá desactivarse la regla de incompatibilidad, pues el importe conjunto de los contratos menores adjudicados con anterioridad que habrá de comprobarse a efectos verificar el cumplimiento de la incompatibilidad será el correspondiente a los contratos que deban considerarse adjudicados por el órgano delegante en virtud del artículo citado.”²

- Por su parte, los informes 41/2017 y 42/2017 de la Junta Consultiva de contratación pública del Estado, en idéntica redacción, relacionan el concepto del “órgano de contratación” con lo dispuesto en el artículo 101.6 de la LCSP, respecto a lo que se debe entender como “unidad funcional” a efectos del cálculo del valor estimado: *“Por el contrario, llama la atención del exégeta sobre la necesidad de que el órgano de contratación (en el sentido que marca la ley en el artículo 101.6) evite la realización de esta conducta mediante la celebración sucesiva de contratos menores cuyo objeto deba considerarse como una unidad.”³*

El artículo 118.3 expresa, como sabemos, que en el expediente debe justificarse la no alteración del objeto del contrato, de acuerdo con las reglas generales de contratación y que, por lo tanto, en nuestra

² En el mismo sentido el Informe 1/2018, de 11 de abril, sobre adjudicación de contratos menores en la nueva ley de contratos del sector público de la Junta consultiva de contratación de la Comunidad de Madrid.

³ Sobre la unidad funcional es de interés el Expediente 9/2018 de Interpretación del artículo 101 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público sobre el concepto de unidades funcionales

interpretación, el contratista no ha concertado más contratos menores, con el mismo objeto, que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero del artículo.

Puede resultar aclaratorio precisar en este apartado que a continuación el artículo expresa que “el órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla”.

Esta expresión legal indica que la comprobación de que no se produce un fraccionamiento atañe, obviamente, al concreto órgano de contratación de que se trata, precisamente como tal órgano de contratación competente para resolver el indicado procedimiento.

El precepto no expresa cuál debe ser el ámbito de comprobación y no resulta razonable que esta cuestión no tenga límites, dado que no puede exigirse a un órgano de contratación un conocimiento pleno del resto de los contratos menores que concierne su administración ni una estimación de sus necesidades en base a sus competencias, de manera coordinada o compartida, con otros órganos de contratación diferentes. Entendemos que la justificación y comprobación del órgano de contratación debe referirse a los contratos de los que resulta competente para su adjudicación, realizados por el propio órgano de contratación.

La propia realidad de las cosas parece imponer esta solución, dado que fuera de casos de formalización de relaciones de colaboración entre distintos órganos de contratación para realizar las mismas obras, servicios o suministros, lo normal y habitual será que resulta muy difícil que distintos órganos de contratación concierten contratos menores sobre el mismo objeto teniendo en cuenta las distintas competencias en juego.

Además en la resolución de esta cuestión tienen relevancia las importantes matizaciones que en cuanto a las unidades funcionales integradas en un determinado órgano de contratación se realizan en la nueva LCSP como consecuencia de las previsiones de la Directiva de contratos.

Esta matización resulta de lo que recoge la Directiva de contratos, que en su considerando 20, explica:

“A los efectos de estimar el valor de un contrato concreto es preciso aclarar que debe permitirse basar la estimación de este valor en una fragmentación del objeto del contrato únicamente cuando esté justificado por motivos objetivos. Por ejemplo estaría justificada una estimación del valor de un contrato al nivel de una unidad funcional que esté separada del poder adjudicador, como es el caso de un colegio o de una guardería, siempre y cuando la unidad de que se trate sea responsable de manera independiente de su contratación. Puede suponerse que es así cuando la unidad funcional que esté separada del poder adjudicador lleve los procedimientos de contratación y tome las decisiones de compra de manera

independiente, disponga de una línea presupuestaria separada para los contratos de que se trate, celebre el contrato de manera independiente y lo financie con cargo a un presupuesto del que dispone. No se justifica una fragmentación cuando el poder adjudicador se limita a organizar una licitación de manera descentralizada.”

Esta cuestión se recoge en el artículo 5.2 de la Directiva:

“Cuando un poder adjudicador esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales.

No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, cuando una unidad funcional separada sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella, los valores pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate.”

Esta cuestión está recogida en el artículo 101.6 de la LCSP:

“6. Cuando un órgano de contratación esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales.

No obstante lo anterior, cuando una unidad funcional separada sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella, los valores pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate.

En todo caso, se entenderá que se da la circunstancia aludida en el párrafo anterior cuando dicha unidad funcional separada cuente con financiación específica y con competencias respecto de la adjudicación del contrato.”

Este precepto tiene relevancia, por lo tanto, a los efectos del cálculo del valor estimado del contrato en las adquisiciones menores de bienes y servicios. En efecto, de acuerdo con este artículo, a los efectos de computar el valor estimado de un contrato menor de adquisición de mobiliario de oficina, o alimentos, por ejemplo, que, como sabemos, debe ser objeto en principio de una estimación por el órgano de contratación con base en las necesidades existentes en una anualidad, será lícito no computar las necesidades de un determinado órgano administrativo o centro, por ejemplo, una residencia, si este constituye una unidad funcional que esté separada del órgano de contratación, en el sentido de que es responsable de manera autónoma de su contratación en las condiciones establecidas en la LCSP.

Esta situación se da, en particular, en el caso de órganos de contratación (por ejemplo, la consellería de la administración autonómica) en los que existen distintos órganos administrativos que tienen delegado el

ejercicio de las facultades de contratación en general o para determinados contratos (por ejemplo, dirección general que tiene delegado el ejercicio de las competencias para contratar en contratos menores). En estos casos, esos órganos administrativos que cuentan con esta delegación y por lo tanto funcionan como una unidad funcional separada por ser responsables de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella, y cuenten con presupuesto propio para contratar, los valores de la contratación de bienes y servicios pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate. De la Directiva y de la LCSP se deduce que en estos casos se entiende que existe una razón objetiva para la consideración separada del contrato (la autonomía decisoria en la contratación con cargo al propio presupuesto) y que, por lo tanto, resulta lícito. Naturalmente, distintos serán los casos, a los que alude la Directiva, en los que no existe una autonomía real en la adquisición por limitarse la unidad funcional y ejecutar una decisión que viene adoptada por el órgano de contratación en el marco de una contratación realmente organizada por este.

Sentado todo lo anterior no podemos olvidar que el fraccionamiento ilícito del objeto del contrato es independiente del número de órganos de contratación o unidades funcionales que intervengan en su adjudicación. Así, si un conjunto de trabajos es una obra, en el sentido de la LCSP, por cumplir una única función técnica y económica, no puede prevalecer frente a esta realidad el hecho de que se divida para su adjudicación entre diversos órganos de contratación o unidades funcionales aunque se adjudique a varios contratistas. El valor estimado total de la obra es lo que se debe tener en cuenta para decidir el procedimiento de adjudicación y la publicidad, con independencia de que se pueda adjudicar por varios órganos de contratación o unidades funcionales, dividir en lotes y de que cada lote se adjudique a diferentes contratistas. A la inversa, si varias obras tienen objetos diferentes, como expresamos antes, da igual que se adjudiquen por el mismo órgano de contratación o unidad funcional al mismo contratista, la legislación no impone la suma de sus importes para decidir el procedimiento de adjudicación y la publicidad.

Por lo tanto, cada órgano de contratación o cada unidad funcional separada deberá comprobar, dentro de su ámbito, que existe en el expediente la justificación de que, atendiendo a las competencias de ese órgano de contratación o unidad funcional separada, los contratos que se concierte o que se tiene previsto concertar respetan las reglas generales de la LCSP sobre el objeto de los contratos y no se produce un fraccionamiento ilícito de su objeto.

II.2. En respuesta a cómo deben operar y computarse los anticipos de caja fija gestionados por el órganos de contratación cabe señalar que, al juicio de esta Junta Consultiva los anticipos de caja fija, como provisiones de fondos que se realizan a las habilitaciones para la atención por estas de gastos, normalmente de carácter periódico y repetitivo, no representan más que una forma de pago, por lo que los contratos menores que justifiquen estos pagos deberán tenerse en cuenta por el órgano de

contratación o unidad funcional correspondiente para el cálculo del valor estimado de las necesidades en cuestión. Idéntica respuesta debe darse a los contratos menores pagados a través de las habilitaciones.

III. ELEMENTOS TEMPORALES DE LA REGLA DEL 118.3

III.1. Sobre cuál es el ámbito temporal de la limitación del 118.3 de la LCSP, esto es, el período sobre lo que se debe ejercer el control del cumplimiento de no exceder los límites, la Diputación presenta tres alternativas como respuesta: en referencia a los contratos adjudicados dentro de cada ejercicio presupuestario, a los adjudicados dentro cada año natural o a los suscritos por un mismo contratista en un año desde la fecha en que se efectúa el primer contrato.

Debemos inicialmente reducir a dos las tres posibles respuestas que se exponen en la solicitud de informe dado que la normativa presupuestaria autonómica vincula el ejercicio presupuestario al año natural (art. 47 del Texto refundido de la ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia) y, en iguales términos, se pronuncia el art. 163 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por lo que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales: *“el ejercicio presupuestario coincidirá con el año natural”*.

De ahí que sólo dos son las posibles interpretaciones que caben sobre la cuestión expuesta:

- atenernos en este punto a la normativa presupuestaria que se rige por el “principio de presupuesto anual” y, por tanto que sea esta la interpretación que se debe dar a la ausencia de referencia temporal expresa del control,
- o que se asuma el plazo de control de fecha a fecha, identificando este plazo con la duración máxima de los contratos menores del art. 29.8 de la LCSP: un año.

Aquí los antecedentes de tramitación parlamentaria de la norma y los legales y doctrinales también son discrepantes:

- a) Según la enmienda 583 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, la propuesta de adición del apartado 3 del artículo 118 señalaba lo siguiente: *«3. En el expediente se garantizará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y el contratista no suscribiera más contratos menores en la misma anualidad, lo que comprobará el responsable del contrato.»*
- b) El art. 73.6 de la Ley foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos de Navarra, reconocida por gran parte de la doctrina como la norma inspiradora de la enmienda, señala que *“Ninguna empresa o profesional podrán ser adjudicatarios dentro de la misma administración contratante y durante un mismo ejercicio presupuestario de un número de contratos adjudicados mediante factura o factura*

con reserva de crédito cuya cuantía acumulada sea superior a 80.000 euros, IVA excluido, en obras, y 30.000 euros, IVA excluido, en el resto de contratos.”

c) El Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón señala que: *“A juicio de esta Junta, en cuanto al período sobre el que debe aplicarse, el criterio de la anualidad presupuestaria conecta directamente tanto con la necesaria planificación contractual, que debe servir para determinar a priori si la contratación menor va a servir para cubrir adecuadamente las necesidades previsibles, como con los controles financieros que realiza la Intervención. Por otra parte, los trabajos parlamentarios y los antecedentes legislativos apuntan en esa misma dirección.”*⁴

d) Sin embargo, el Expediente 41/2017 de la Junta Consultiva de contratación Pública del Estado sobre “Interpretación del art. 118.3 de la LCSP” indica que: *“4. Por lo que hace al límite temporal de estas condiciones, cuestión no consultada expresamente pero que se deriva necesariamente del conjunto del precepto, parece razonable que si entendemos la conducta prohibida por el precepto en términos flexibles, tal como venimos sosteniendo en este dictamen, valoremos la posible existencia de un límite temporal para evitar que la prohibición, y la necesidad de justificación en el expediente que anuda, pueda considerarse indefinida.*

Pues bien, tal límite temporal debe ser lo que la propia ley marca en el artículo 29 respecto de la duración de los contratos menores. De esta manera, por encima de este período de un año, la prevención que se establece en la norma resultaría inaplicable fuera de los supuestos en que, a pesar del tiempo transcurrido, existiera un auténtico fraude. Bajo este criterio, por tanto, si la separación entre los contratos menores excede de un año, una vez que se hizo constar en el expediente el transcurso de este período de tiempo, no será necesario proceder a una mayor justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor.

Finalmente, cabe señalar que este plazo debe contarse desde el momento de la aprobación del gasto a que se alude en el mismo artículo 118. Otra opción, como el cómputo por año natural no tendría mucho sentido para los contratos ejecutados al final del mismo y se trataría de una opción convencional y menos segura jurídicamente.”

A falta de concreción en el texto, entendemos que podemos acudir, de nuevo, a las reglas de cálculo de valor estimado para fundamentar un criterio sobre esta cuestión. El artículo 101.10 de la LCSP, relativo al cálculo del valor estimado, permite optar para el cálculo del valor estimado entre dos magnitudes, básicamente, el valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos; o el valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega. Como indica el artículo 101.4, *“la elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de substraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan”*.

⁴ En el mismo sentido el Informe 1/2018, de 11 de abril, sobre adjudicación de contratos menores en la nueva ley de contratos del sector público de la Junta consultiva de contratación de la Comunidad de Madrid.

Con carácter general, partiendo de la base de que los contratos menores se ejecuten en el año natural, parece adecuado que el período temporal que debe tener en cuenta la Administración y las entidades del sector público sea el indicado ejercicio presupuestario. A mayores, considerando que las actividades de control previstas en la normativa presupuestaria y contractual están siempre referidas al ejercicio presupuestario, este órgano consultivo se inclina por esta opción.

III.2. Sobre cuándo debe motivarse la necesidad del contrato (párrafo 2 del apartado 1 del artículo 118) y la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato (art. 118.3) debe tenerse en cuenta que la LCSP no indica un momento concreto en el que estas justificaciones deben formalmente o documentalmente realizarse, sin perjuicio de que lo correcto es que la concurrencia de los requisitos legales que determinan la posibilidad de utilización del contrato menor se comprueben en el momento en el que se efectúe el encargo. Por lo tanto, será suficiente que las justificaciones documentales expresadas consten en el expediente tramitado de acuerdo con el artículo 118 con carácter previo a la aprobación del gasto.

III.3. Sobre el régimen de transitoriedad de la nueva ley podemos indicar que, siguiendo las reglas tradicionales en materia de contratación, en su Disposición transitoria primera determina que será de aplicación a los procedimientos iniciados después del 9 de marzo de 2018, entendiéndose que se inician cuando se publican las convocatorias o, si se trata de supuestos del negociado sin publicidad del art. 168, con la aprobación de los pliegos.

Ante la falta de reglas aplicables para los contratos menores y la ausencia de publicidad previa en su procedimiento de adjudicación, por analogía con el régimen de los procedimientos negociados sin publicidad, entendemos que el nuevo régimen legal será aplicable a los contratos menores cuya aprobación del gasto se tenga efectuada después de la entrada en vigor de la LCSP. Ahora bien, en aquellos casos en que conste realizado el encargo o ejecutada la prestación con anterioridad a fecha de entrada en vigor de la nueva LCSP, también debe considerarse aplicable el régimen derivado de la legislación anterior, aunque la fecha de aprobación del gasto y reconocimiento de la obligación sea posterior a la entrada en vigor de la LCSP. Cosa diferente a la expresada es la forma de computar los límites derivados de la reducción de cuantías en suministros y servicios periódicos. Si seguimos la regla de que debe calcularse el valor estimado de las necesidades que es necesario contratar en el año 2018, para este cómputo y decisión del procedimiento de contratación a utilizar deberán tenerse en cuenta los contratos adjudicados de acuerdo con la legislación anterior. Así por ejemplo, si se han adjudicado con anterioridad en este ejercicio presupuestario antes de la fecha de entrada en vigor de la LCSP 17.999 euros mediante contrato menor para las necesidades de mobiliario de oficina de un órgano de contratación o unidad funcional, no existiría posibilidad en esta anualidad de volver a acudir a un contrato menor y debería acudir a otro procedimiento de los previstos en la LCSP. Si se hubiera adjudicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley un importe de 10.000 euros para esta necesidad, el contrato menor sólo podría utilizarse si las necesidades pendientes no superaran 4.999 euros (no se puede

computar, por lo tanto, ex novo, un límite de 15.000 una vez entrada en vigor a LCSP, pues deben tenerse en cuenta las adquisiciones realizadas en la anualidad).

III.4. Respeto a que ocurre si un órgano de contratación supera estos límites de contratos menores suscritos con un mismo contratista cabe indicar que, al tratarse de una norma de carácter imperativo y por lo tanto de una conducta obligatoria para el órgano de contratación o unidad funcional, debe velarse por la comprobación del cumplimiento de los límites para evitar la infracción sobre las normas del objeto del contrato y su fraccionamiento.

CONCLUSIONES:

1º.- Respeto a las cuestiones vinculadas a la identificación de los contratos menores a los que hace referencia el 118.3 de la LCSP a efecto de cómputo de límites:

- Entiende este órgano que la interpretación correcta del artículo 118.3, en línea con la ya manifestada en su informe por la JCCA del Estado, es que en el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que el contratista no suscribió más contratos menores *con el mismo objeto* que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero del artículo.
- Asimismo, por contrato “suscrito”, ante la ausencia de una norma en la LCSP que establezca el momento de la perfección de los contratos menores, debe entenderse perfeccionado por el consentimiento de las partes, es decir, en los que concurra la voluntad de ejecutar el contrato en los términos pactados entre el ofertante y el órgano de contratación.
- Respeto a si computan en el 118.3 los contratos adjudicados a las empresas vinculadas (pregunta 3 del peticionario) como venimos indicando, entendemos que el artículo 118.3 no recoge una limitación de la capacidad para ser adjudicatario de contratos menores por el hecho de haber sido adjudicatario de contratos anteriores dado que a lo que debe atenderse es al objeto del contrato y a la inexistencia de fraccionamiento. Por lo tanto, siempre que estemos ante contratos con objeto distinto, un solo contratista podrá ser adjudicatario de contratos menores aunque su importe agregado supere conjuntamente las cifras recogidas en el artículo 118.1. Si esto es así, obviamente tampoco existe limitación para las empresas de un grupo con tal de que sean contratos con objetos diferentes e idéntica debe ser la respuesta respecto al cómputo de contratos suscritos a UTEs en el sentido de que la apreciación de la existencia o no de fraccionamiento no viene determinada por el número de adjudicatarios ni por su condición o no de UTE.
- Y, finalmente, respecto a los contratos menores con anuncios publicados en los correspondientes perfiles, indicar que, en la interpretación que se hace del artículo 118.3, la cuestión que se formula pierde parte de su sentido al entender esta Junta Consultiva que debe justificarse en el expediente

que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que el contratista no suscribió más contratos menores con el mismo objeto que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. De este modo, con independencia de su publicación o no en el perfil y adjudicación o no conforme a criterios objetivos, será lícito adjudicar contratos menores que tengan diferente objeto al mismo contratista, aunque conjuntamente la suma de ambos supere la cifra prevista en la LCSP. Por lo contrario, si las necesidades previstas de la Administración para un objeto contractual, calculadas de acuerdo con las reglas de valor estimado previstas en la LCSP, superan las cuantías previstas para el contrato menor, el procedimiento de contratación debe tramitarse de acuerdo con las reglas generales previstas en la LCSP según las indicadas cuantías por lo que no sería correcto fraccionar el objeto y adjudicar este objeto contractual único en varios contratos menores aunque estos se anunciaran en el perfil del contratante y se adjudicarán con criterios objetivos.

2º. Sobre la determinación de los sujetos, entidades y órganos que abarcan el cálculo de los límites cuantitativos a los que se refiere el 118.3 de la LCSP, este órgano consultivo concluye lo siguiente:

- Cada órgano de contratación o cada unidad funcional separada deberá comprobar, dentro de su ámbito, que existe en el expediente la justificación de que, atendiendo a las competencias de ese órgano de contratación o unidad funcional separada, los contratos que se concierten o que se han previsto concertar respetan las reglas generales de la LCSP sobre el objeto de los contratos y no se produce un fraccionamiento ilícito de su objeto.
- En respuesta a cómo deben operar y computarse los anticipos de caja fija gestionados por el órganos de contratación cabe señalar que, a juicio de esta Junta Consultiva, los anticipos de caja fija, como provisiones de fondos que se realizan a las habilitaciones para la atención por estas de gastos, normalmente de carácter periódico y repetitivo, no representan más que una forma de pago, por lo que los contratos menores que justifiquen estos pagos deberán tenerse en cuenta por el órgano de contratación o unidad funcional correspondiente para el cálculo del valor estimado de las necesidades en cuestión. Idéntica respuesta debe darse a los contratos menores pagados a través de las habilitaciones.

3º. Sobre cuál es el ámbito temporal de la limitación del 118.3 de la LCSP, este órgano consultivo concluye lo siguiente:

- A tenor de lo expuesto en el apartado III.1 de este informe, concluimos que, con carácter general, parece adecuado que el período temporal que debe tener en cuenta la Administración y las entidades del sector público sea el ejercicio presupuestario.

- Sobre cuándo debe motivarse la necesidad del contrato (párrafo 2 del apartado 1 del artículo 118) y la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato (art. 118.3) debe tenerse en cuenta que la LCSP no indica un momento concreto en el que estas justificaciones deben formalmente o documentalmente realizarse, sin perjuicio de que lo correcto es que la concurrencia de los requisitos legales que determinan la posibilidad de utilización del contrato menor se compruebe en el momento en el que se efectúe el encargo. Por lo tanto, será suficiente que las justificaciones documentales expresadas consten en el expediente tramitado de acuerdo con el artículo 118 con carácter previo a la aprobación del gasto.
- Sobre el régimen de transitoriedad de la nueva ley podemos indicar que, la falta de referencia alguna al régimen transitorio de los contratos menores, el nuevo régimen legal será aplicable a los contratos menores cuya aprobación del gasto se tenga efectuada después de la entrada en vigor de la LCSP. Ahora bien, en aquellos casos en que conste realizado el encargo o ejecutada la prestación con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la nueva LCSP, también debe considerarse aplicable el régimen derivado de la legislación anterior aunque la fecha de aprobación del gasto y reconocimiento de la obligación sea posterior a la entrada en vigor de la LCSP. Cosa diferente a la expresada es la forma de computar los límites derivados de la reducción de cuantías en suministros y servicios periódicos. Si seguimos la regla de que debe calcularse el valor estimado de las necesidades que es necesario contratar en el año 2018, para este cómputo y decisión del procedimiento de contratación a utilizar deberán tenerse en cuenta los contratos adjudicados de acuerdo con la legislación anterior.

4º.- Respecto a que ocurre si un órgano de contratación supera estos límites de contratos menores suscritos con un mismo contratista cabe indicar que, al tratarse de una norma de carácter imperativo y por lo tanto de una conducta obligatoria para el órgano de contratación o unidad funcional, debe velarse por la comprobación del cumplimiento de los límites para evitar la infracción sobre las normas del objeto del contrato y su fraccionamiento.

En Santiago de Compostela, a 25 de abril del 2018



INFORME 1/2018, DE 11 DE ABRIL, SOBRE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS MENORES EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico de la Consejería de Educación e Investigación ha dirigido escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicitando emisión de informe sobre la cuestión planteada por la Directora General de Infraestructuras y Servicios de la citada Consejería, que ha sido planteada en los siguientes términos:

Mediante el presente escrito, de conformidad con los preceptos establecidos en los arts. 37 y siguientes del capítulo II del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en concreto según lo establecido en los artículos 38.2 y 48.1 del citado reglamento, se solicita que se eleve consulta para la posterior emisión del correspondiente informe, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, con respecto a la siguiente cuestión:

En relación con el art. 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuya entrada en vigor se producirá el próximo 9 de marzo, la exigencia de que debe justificarse en el expediente, para adjudicar un contrato menor de obras a una empresa, que esa empresa o contratista no ha suscrito más contratos menores de obras, ¿se interpreta en el marco sólo de un expediente de obra, referido a un objeto concreto? En definitiva, se trata de determinar si una empresa que ha sido adjudicataria de un contrato menor por el importe máximo legalmente establecido (inferior a 40.000 euros, sin IVA), si podría ser adjudicataria de otros contratos menores con objeto contractual distinto del contrato menor adjudicado, o, en caso contrario, si ya no podría adjudicársele ningún contrato menor más por el mismo órgano de contratación.

La presente consulta se justifica ante la inminente entrada en vigor de la LCSP 9/2017, el próximo 9 de marzo, y por tener una importante implicación práctica en la gestión administrativa la aplicación del art. 118.3 relativo a la celebración de contratos menores, cuestión que es fundamental aclarar lo antes posible para prever y planificar las actuaciones administrativas de contratación administrativa con la debida antelación.

CONSIDERACIONES

1.- La consulta plantea, respecto a la regulación de los contratos menores en 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 (LCSP), si una empresa que ha sido adjudicataria de un contrato menor por el importe máximo legalmente establecido podría ser adjudicataria de otros contratos menores con objeto contractual distinto del contrato menor adjudicado o, en caso contrario, si ya no podría adjudicársele ningún contrato menor más por el mismo órgano de contratación.

2.- Con carácter previo, conviene precisar la naturaleza de la figura del contrato menor y los cambios introducidos por la LCSP en su regulación.

El Artículo 131 de la LCSP establece que el contrato menor es uno de los procedimientos de adjudicación de las Administraciones Públicas, determinando en su apartado 3 que podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118, que específicamente regula el expediente de contratación en contratos menores. De igual manera, el artículo 138.3 del derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLSP), recogía el contrato menor como un procedimiento de adjudicación de las Administraciones públicas y remitía al cumplimiento de las normas que establecía el artículo 111 en su regulación del expediente de contratación en contratos menores.

En todo caso, se trata de un procedimiento de adjudicación de contratos de carácter excepcional cuya consideración viene determinada en función de su cuantía y que ha sido objeto de importantes modificaciones con la entrada en vigor de la nueva LCSP, que ha supuesto la disminución del importe para la consideración de contrato menor, la limitación de su ámbito objetivo, y el incremento de los requisitos que debe reunir el expediente de contratación en estos contratos. La nueva regulación afecta a los contratos menores que se celebren a partir del 9 de marzo de 2018, según lo previsto en la disposición final decimosexta de la LCSP y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 5 del código civil.

Son contratos menores los de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros cuando se trate de contratos de suministro o

de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con las obras, servicios y suministros centralizados, quedando por tanto reducido su ámbito objetivo únicamente a los contratos de obras, de suministro y de servicios. En cuanto a la tramitación del expediente se exige el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato, además de los requisitos que ya exigía el TRLCSP relativos a la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente con los requisitos reglamentariamente previstos, sin que tampoco hayan sufrido cambios las exigencias específicas para el contrato menor de obras. Una de las novedades más relevantes, y que además está suscitando más dudas, es la recogida en el apartado 3, al establecer que en el expediente habrá de justificarse que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que, individual o conjuntamente, superen las cifras indicadas en el apartado primero de dicho artículo. La comprobación del cumplimiento de esta regla es responsabilidad del órgano de contratación, quedando excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2º: cuando las obras, los suministros o los servicios menores solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, si el contrato tiene por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda de protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial.

Los contratos menores se perfeccionan con su adjudicación, como se desprende a sensu contrario de lo dispuesto en el artículo 36.1 de la LCSP, si bien entendida en un sentido no formalista puesto que no se les aplica lo dispuesto en los artículos 150 y 151 de la LCSP y no requieren de formalización ya que su existencia se acredita con los mencionados documentos que recoge el artículo 118 de la Ley. La resolución y notificación se efectuará por medios electrónicos, como prevé la disposición adicional decimoquinta y se publicarán al menos trimestralmente en el perfil de contratante, indicando como mínimo su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por adjudicatario. Asimismo se inscribirán en el Registro de Contratos de la Comunidad de Madrid, se incluirán en la relación anual que se remite a la Cámara de Cuentas para la fiscalización de los contratos celebrados, y se comunicarán al Registro de Contratos del Sector Público. No obstante, quedan exceptuados de publicidad, inscripción registral, remisión a la Cámara de Cuentas y comunicación al Registro de Contratos del Sector Público los contratos de importe inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.

Igualmente se mantiene la limitación en el plazo de duración de los contratos menores que también recogía el TRLCSP, en cuanto a que no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.

3.- Las novedades documentales que introduce el artículo 118 de la LCSP, y que se han de incorporar obligatoriamente en el expediente de contratación de los contratos menores, podrían concretarse en las siguientes justificaciones: motivación de la necesidad del contrato, no alteración del objeto para evitar las reglas generales de contratación, y no superación de las cuantías legales con el mismo contratista. Las mencionadas justificaciones pueden incluirse en documentos distintos o bien acumularse en dos o en uno solo. Por otra parte, aunque es innegable la necesaria intervención del órgano de contratación en el procedimiento de adjudicación de los contratos menores, es más discutible que documentos le correspondería suscribir.

El artículo 118.1 exige el informe del órgano de contratación motivando la necesidad, la literal alusión a informe parece presumir que se pueda efectuar por los servicios dependientes del órgano de contratación, puesto que las facultades que normalmente competen al órgano de contratación son de carácter decisorio y no informativo o justificativo, sin perjuicio de que en todo caso sus resoluciones deban ser motivadas.

No obstante, es innegable la necesaria intervención del órgano de contratación en el procedimiento de adjudicación de los contratos menores, puesto que de la nueva regulación se desprende una adjudicación, aunque no sea en sentido formal, y en el expediente además de motivar la necesidad del contrato, se ha de justificar la no alteración del objeto para evitar las reglas generales de contratación, y la no superación de las cuantías legales con el mismo contratista, debiendo comprobarse su cumplimiento por el órgano de contratación.

Los mencionados trámites pueden cumplimentarse en el expediente mediante la inclusión de diferentes documentos o bien acumularse en dos o en uno solo, considerando que si las nuevas justificaciones exigidas en la tramitación del expediente del contrato menor se sustentasen en un único documento o resolución debería ir firmado por el órgano de contratación, sin perjuicio de la aplicación de las normas de delegación o desconcentración de competencias que procedan.

4.- La aplicación del párrafo 3 del artículo 118, ha sido objeto de distintas interpretaciones y ha generado alguna duda en cuanto a su aplicación.

Procede abordar en primer lugar la cuestión relativa al ámbito objetivo de la regla establecida en el artículo 118.3 de la Ley 9/2017.

La justificación de que “el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”, sin indicar a qué contratos menores se refiere encierra importantes dudas interpretativas que no resuelve la literalidad del precepto.

Sobre esta cuestión ha habido pronunciamientos tanto de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (JCCAA) en su informe 3/2018, de 13 de febrero, como de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE), en sus informes 41/2017 y 42/2017, de 2 de marzo de 2018, con diferentes interpretaciones, lo que constata la falta de claridad que encierra el precepto analizado. La JCCAA considera que la regla de incompatibilidad descrita opera respecto de contratos menores de la misma tipología -obras, servicios y suministros- que pretendan adjudicarse de forma sucesiva, y la JCCPE, adopta un criterio de interpretación teleológica, al considerar que la citada regla sólo opera respecto de contratos menores que pretendan adjudicarse de forma sucesiva si sus prestaciones son cualitativamente iguales o forman una unidad funcional.

No obstante, incluso podrían plantearse otras interpretaciones más restrictivas, consistentes en considerar que la limitación introducida para los contratos menores por el artículo 118.3 de la LCSP por razón del contratista debería entenderse con independencia del objeto y características del contrato, de forma que la cifra máxima a que alude el precepto lo sea respecto a todos los contratos menores suscritos con el contratista, cualquiera que sea su tipología. Ahora bien, tal lectura del precepto podría chocar con la mención que en el mismo hace a la “cifra” máxima que está fijada para cada tipo de contrato, de donde bien puede deducirse que la imputación de los límites ha de hacerse en relación con los contratos de obras, servicios o suministros de forma independiente.

Expuesto lo anterior, esta Comisión Permanente considera que la interpretación jurídica que ha de darse al ámbito objetivo de la regla de incompatibilidad es la de considerar que la limitación cuantitativa descrita opera respecto de contratos menores de la misma tipología -obras, servicios y suministros- que pretendan adjudicarse de forma sucesiva.

En igual sentido se ha pronunciado la JCCAA., en el informe citado con anterioridad al manifestar que: *Esta Junta considera que la regla de incompatibilidad que establece el art. 118.3 debe operar respecto de anteriores contratos menores de la misma tipología que aquél que pretenda adjudicarse de manera sucesiva. Es decir, respectivamente entre los contratos de obras, o de servicios o de suministros anteriormente adjudicados respecto al concreto contrato de obras, o de servicios o de suministros que pretenda adjudicarse. Puede presumirse que el objetivo de la nueva regulación de los contratos menores es prevenir su utilización para la cobertura de necesidades periódicas o recurrentes, que podrían satisfacerse mediante otros procedimientos de contratación si la necesaria planificación fuese adecuada. Esto está en línea con los pronunciamientos de diversos órganos consultivos o de control externo que, como el Tribunal de Cuentas en su informe núm. 1151/2016, de 27 de abril de 2016, de fiscalización de la contratación menor celebrada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, ejercicio 2013, recalca que no pueden utilizarse los contratos menores para atender necesidades periódicas y previsibles. El carácter recurrente de la necesidad se plasmará en objetos de los contratos idénticos o al menos similares, por lo que tiene pleno sentido que los límites cuantitativos para evitar ese uso abusivo de la contratación menor se apliquen separadamente para cada tipo contractual. En el mismo sentido va el indicio que cabe extraer del primer inciso del precepto estudiado, en el que se alude a la necesidad de una comprobación inicial de que no exista fraccionamiento del objeto del contrato, ya que en principio el fraccionamiento del objeto operaría entre contratos de la misma tipología. De este modo, la adjudicación previa de un contrato menor de obras por importe superior a 15.000 euros no sería obstáculo para la adjudicación al mismo operador económico de otros contratos de servicios -o de suministros hasta llegar a sumar esa cantidad-. De forma simétrica, el importe de un contrato anterior de servicios o de suministros no debería computar como parte de las cuantías con el límite conjunto de los 40.000 euros establecido en el art. 118.1 LCSP para los contratos menores de obras o, finalmente, de la misma manera que el importe de un contrato de servicios anterior tampoco «consumiría» parte o todo el límite de los 15.000 euros a que, como máximo, pueden ascender los contratos menores de suministros, y viceversa.*

La conclusión se alcanza, en definitiva, al entender que las nuevas justificaciones que exige el precepto se conectan no sólo con la prohibición de fraccionar los contratos, en particular, cuando se adjudican de forma sucesiva, lo que obliga a las entidades contratantes a realizar una adecuada labor de planificación -ex art. 28.4 de la LCSP-, sino también con la finalidad de promover la concurrencia y participación de los operadores económicos y, en consecuencia, restringir el recurso a la adjudicación directa, habida cuenta de la articulación de otros mecanismos ágiles de contratación que introduce la

nueva Ley 9/2017, con garantías de concurrencia frente al régimen de adjudicación directa (vid. Art. 159.6 de la LCSP, procedimiento abierto simplificado).

En efecto, la interpretación que sostenemos permite, en primer lugar, vincular la aplicación del precepto con la finalidad de evitar el fraccionamiento de los contratos, proscrito por el artículo 99.2 de la LCSP, al señalar que “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 corresponden”.

En este sentido, a nuestro juicio, la primera de las reglas que ha de comprobar el órgano de contratación -justificar que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación- se orienta a evitar el fraccionamiento de los contratos, salvo en el caso de su división en lotes, y esta previsión sería ya suficiente para el cumplimiento de tal objetivo. Téngase en cuenta que la prohibición de fraccionamiento en los contratos ya se recogía en el artículo 86 del TRLCSP, si bien ahora la ley da un paso más y obliga al órgano de contratación a justificar este extremo.

Por ello, al exigir adicionalmente la Ley que el órgano de contratación compruebe también que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el art. 118.1 de la LCSP, bien puede considerarse que encierra una finalidad añadida, manifestada tanto en el preámbulo de la Ley -mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos- como en el artículo 132 de la LCSP, en el que se recogen los principios de igualdad, transparencia y libre competencia.

En particular, el artículo 132.2 de la LCSP dispone que “la contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios”.

Por lo expuesto, esta Comisión Permanente considera que la interpretación que se acomoda a los criterios sistemáticos y teleológicos que han de tenerse en cuenta (art. 3.1 del Código Civil), es considerar que la regla de incompatibilidad ha de ir referida a cada tipo de contrato, por ser la interpretación más acorde con la promoción de la concurrencia y la restricción de las adjudicaciones directas, además de con el resto de finalidades indicadas en el informe de la JCCAA.

5.- Tampoco aclara el citado artículo 118.3 el período temporal a que se refiere la prohibición de no superar las cuantías del contrato menor con un mismo empresario. No obstante, resulta adecuado considerar que ha de referirse a un año, puesto que el artículo 29.8 de la LCSP (y anteriormente el artículo 23.3 del TRLCSP) establece que el contrato menor no podrá tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga, por lo que este período puede servir de referencia para la interpretación de lo dispuesto en el apartado 3 del citado artículo 118. En cuanto al cómputo del periodo anual lo más eficaz, así como susceptible de comprobación, es tomar como referencia el ejercicio presupuestario, en apoyo de esta consideración se puede citar lo que dispone el artículo 28.4 de la LCSP, relativo a la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación, dado que prevé que las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales, asimismo tanto la fiscalización externa de las contrataciones como las comunicaciones y publicaciones atienden al ejercicio presupuestario anual.

Por tanto, el periodo temporal a que alude el citado artículo 118.3 ha de ser el de un año, referido a la anualidad o ejercicio presupuestario correspondiente, pues si se optase por referirlo al periodo comprendido entre la fecha de adjudicación de un determinado contrato menor a un empresario y el siguiente a ese mismo empresario, resultaría sumamente complejo el control de todos los contratos menores suscritos, al no estar referidos a un período común a todos ellos, y no se atendería a la regla general de programación de la actividad de contratación pública por parte de las entidades del sector público.

En igual sentido, el informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón concluye a este respecto que: “La incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el art. 118.1 subsistirá durante el ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad”.

6.- Sin perjuicio de lo indicado en los apartados anteriores, hay que mencionar que por ser el contrato menor un procedimiento de adjudicación de contratos de carácter excepcional, su utilización debe restringirse para los supuestos en que se precise, de manera puntual y concreta, contratar una obra, suministro o servicio, por un importe que no supere el establecido legalmente, pero no es una figura apropiada para contratar prestaciones que se precisen regularmente o con cierta periodicidad, para lo cual existen otras figuras más apropiadas en la legislación de contratos públicos, destacando en la

LCSP el nuevo procedimiento abierto simplificado, con su variedad abreviada cuando los importes no superen determinadas cuantías.

CONCLUSIONES

- 1.- La regla de incompatibilidad descrita en el artículo 118.3 de la LCSP opera respecto de contratos menores de la misma tipología -obras, servicios y suministros- que pretendan adjudicarse de forma sucesiva.
- 2.- Las limitaciones relativas a las cuantías de los distintos tipos de contratos menores se refieren a cada uno de los órganos de contratación de la Administración contratante, por lo que deberán ser éstos quienes arbitren las medidas destinadas a efectuar la comprobación indicada en el artículo 118.3 de la LCSP.
- 3.- El período temporal a que se refiere la prohibición de no superar las cuantías del contrato menor con un mismo empresario ha de entenderse referido a la anualidad o ejercicio presupuestario correspondiente.

**RECOMENDACIÓN 1/2018, DE 11 DE ABRIL, DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA.****DESTINATARIOS: DIRECCIONES DE SERVICIOS O GESTIÓN ECONÓMICA DE LOS
DEPARTAMENTOS, Y DIRECCIONES DE LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS.****OBJETO: CONTRATOS MENORES A LA LUZ DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL
SECTOR PÚBLICO**

Ante las consultas recibidas en la Secretaría General de esta Junta Asesora, y la divergencia de pronunciamientos emitidos por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (Informe 3/2018) y la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (informes 41/2017, 42/2017 y 5/2018), se hace necesario emitir una Recomendación que sirva al menos para establecer un criterio único para evitar que en el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi se den disfunciones significativas entre unos y otros órganos de contratación.

Así las cosas, el análisis del artículo 118 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), plantea las siguientes cuestiones que se recomienda sean resueltas del modo que se indica a continuación. No obstante, la utilización del término “debe” o “exige” en los párrafos que siguen responde a un mandato legal, por tanto, esos aspectos van más allá de una mera recomendación.

- a) El expediente debe incluir un **informe del órgano de contratación** motivando la **necesidad** del contrato. La necesidad incluye la justificación de la externalización por no contar con medios propios personales o materiales, el interés público que respalda dicha necesidad y el que dicho interés no pueda satisfacerse con ningún otro contrato en vigor.
- b) En el expediente **se debe justificar que no se está alterando el objeto del contrato** para evitar la aplicación de las reglas generales de la contratación. El objeto debe estar clara y detalladamente definido, recogiendo su **causa** y su **materia**, y con la **mención exhaustiva** en dicha justificación **de las tareas** que conllevará, **y el espacio temporal** en que operará, nunca superior a un año ni susceptible de prórroga, como indica el artículo 29 de la propia LCSP en su apartado 8.

Dicha **justificación** ha de elaborarla y rubricarla la **persona encargada de definir tales tareas y controlar su correcta ejecución**.

- c) En tal sentido, los **contratos de tracto sucesivo, o de repetición periódica en espacios de tiempo que conjuntamente superen los doce meses**, independientemente de que su importe sea mínimo en ocasiones, **no** se deben considerar contratos **menores** a licitar con el mismo objeto en varios ejercicios presupuestarios sucesivos. Se deberá contemplar su valor estimado total y reunirlos en un único contrato con una duración que será como máximo, y siempre dentro de lo razonable en atención a las circunstancias que puedan cambiar, que permita el tipo contractual correspondiente (servicios, suministros, ...) garantizando su **publicidad**. Y ello será así aunque se presuponga que pueden tener distintos adjudicatarios (el establecimiento de lotes permite dicha eventualidad).

- d) Se debe **justificar** igualmente **que el objeto social o actividad económica de la persona contratista**, que ésta debe aportar a través de declaración responsable o referencia a su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, **se corresponde con el del contrato, y que no ha suscrito con ese órgano de contratación más contratos menores que individual o conjuntamente superen** las cifras que marcan el límite de los contratos menores en el propio artículo 118 (habrán de ser **inferiores a 40.000 euros en obras y a 15.000 respectivamente en servicios y suministros**. Se trata en todo caso de valor estimado del contrato).

El uso del término “cifra” en este tercer apartado del artículo lleva a sugerir que la limitación de no haber suscrito más contratos no es absoluta sino sólo referida a cada tipo de contrato (obras, servicios, suministros) respectivamente, pues a ellos se corresponden las cifras. Lo contrario dejaría sin virtualidad el apartado 3 del artículo.

- e) El **límite temporal** en que opera la prohibición de que el órgano de contratación adjudique a la misma persona física o jurídica sería el de los contratos menores, es decir, **un año**. Y éste entendido como año o ejercicio **presupuestario**. La posibilidad de operar en los doce meses anteriores a la aprobación del gasto no se considera factible en esta Administración, teniendo en cuenta que también son contratos menores pero exceptuados de publicidad trimestral a la luz de la Ley los pagados con anticipos de caja (o fondos ordinarios anticipados). Es decir, en cada ejercicio presupuestario sólo podrá contratarse una vez con cada contratista cada tipo u objeto contractual según lo definido más arriba. En este año 2018, si se hubieran suscrito contratos menores en los meses anteriores a esta Recomendación, alcanzando las cifras antedichas por tipo, no podrá volver a hacerse, en los términos del apartado d), hasta que finalice el ejercicio presupuestario.

En cuanto a la referencia temporal (año) a tener en cuenta cuando se trate de contratos menores plurianuales –siempre dentro de su horizonte máximo de 12 meses, claro está- será la del año de la resolución de adjudicación, es decir, si un contrato es del año X pero se ejecutará en los años X y X+1, el total de su valor estimado se computará, a efectos de las cifras máximas indicadas en el apartado d), en el año X.

- f) El artículo 118, apartado 3, finaliza su primer párrafo diciendo que “**El órgano de contratación comprobará** el cumplimiento de dicha regla”. Son dos reglas realmente las que recoge el párrafo (justificar **que no se altera el objeto** del contrato para evitar las reglas generales de contratación **y que el contratista no ha suscrito más contratos menores** con el mismo órgano de contratación en los términos antedichos). Este control se recomienda que se recoja en una **memoria final firmada por el mencionado órgano de contratación, o bien en el informe inicial tras la verificación de ambos aspectos**, con indicación de que el **objeto social** de la empresa o bien la actividad económica de la persona física contratista, se corresponden con el objeto del contrato.

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ Palau, 12 -3ª planta
46001 VALÈNCIA
Tel.: 961 613072
Correo: secretaria_JSCA@gva.es

Ref.: SUB/SCC/mvt-asm
Asunto: Informe 4/2018

INFORME 4/2018, DE 15 DE JUNIO 2018 . DIVERSAS CUESTIONES DE INTERPRETACIÓN DEL ART. 118 DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN RELACIÓN CON LA CONTRATACIÓN MENOR.

ANTECEDENTES

En fecha 24 de abril de 2018, ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ajuntament de Xirivella, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“ASUNTO: CONSULTA FORMULADA SOBRE LA REGULACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATOS MENORES EN 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 base a lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación de la Generalitat Valenciana, se solicita, como mejor proceda en Derecho, la emisión de informe en relación a lo siguiente:

Con motivo de la entrada en vigor 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 2017, el próximo 09 de marzo de 2018, en esta Administración se están suscitando una serie de dudas sobre el régimen del contrato menor, tal y como está planteado en la nueva norma.

Así, el tenor literal del artículo 118 de la LCSP 2017 regula el expediente del contrato menor en los siguientes términos:

“1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

3. En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º

4. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4."

Como puede apreciarse, la regulación de lo que es el expediente del contrato menor cambia sustancialmente, ya que el art. 111 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante, TRLCSP, señalaba en su apartado primero que "En los contratos menores definidos en el artículo 138.3, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan."

En ese sentido, si bien el art. 22 del TRLCSP ya exigía la motivación de la necesidad del contrato, dicha previsión quebraba en la tramitación tasada del contrato menor, en la que el art. 111 del TRLCSP



señalaba claramente qué trámites preceptivos debían respetarse para adjudicar un contrato menor.

Asimismo, el art. 72.4 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas preveía que "Podrán celebrarse diversos contratos menores que se identifiquen por el mismo tipo de prestaciones cuando estén referidos a un gasto de carácter genérico aprobado, que en ningún caso podrá superar, respecto de cada tipo de contrato, los importes fijados en los artículos 121, 176 y 201 de la Ley. En tal supuesto, el importe conjunto de los mismos no podrá superar el gasto autorizado."

Por tanto, hemos pasado de una tramitación en la que la factura hacia las veces del contrato menor como tal, a los efectos de entender tramitado el expediente administrativo (sin que ello signifique que se estaba realizando una contratación verbal), a una tramitación en la nueva LCSP en la que se prevé expresamente que la tramitación del contrato menor exige el informe de necesidad por parte del órgano de contratación, mas la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente.

Dicha tramitación parece implicar, pues, que ya no cabe la tramitación mediante aprobación de factura, a modo ADO, para adjudicar contratos menores, a no ser que en dicho acto administrativo de aprobación de la factura, a su vez, se emitan los informes de necesidad a los que se refiere el art. 118 LCSP 2017.

En otro orden, a la hora de analizar si se produce o no un fraccionamiento del objeto del contrato, el art. 118 LCSP 2017 no establece período de referencia, como tampoco lo hace el resto del articulado.

Así, es cierto que la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos, prevé en su art. 73.6 que "Ninguna empresa o profesional podrán ser adjudicatarios dentro de la misma administración contratante y durante un mismo ejercicio presupuestario de un número de contratos adjudicados mediante factura o factura con reserva de crédito cuya cuantía acumulada sea superior a 80.000 euros, IVA excluido, en obras, y 30.000 euros, IVA excluido, en el resto de contratos. ", redacción que podría tomarse como punto de referencia, a modo de analogía, pero nada dice la norma estatal aplicable por razón de la materia al respecto.

Por su parte, el art. 62.1 de la LCSP 2017 ahora prevé, con carácter obligatorio, sin distinguir tipos contractuales ni procedimientos, que debe designarse un responsable de cada contrato.

Dicha regulación va a suponer serios problemas en la aplicación práctica del citado régimen jurídico, por cuanto se plantean las siguientes dudas, respecto de las cuales agradeceríamos que nos ofrecieran respuesta:

1.- En aquellos supuestos en los cuales se ha presentado por Registro de Entrada del Ayuntamiento una factura relativa a una prestación propia de ser incardinada en un contrato menor, ¿Debe incorporar necesariamente informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato? ¿Deben designarse obligatoriamente responsables del contrato para cada contrato menor? ¿Cómo se conjuga la presentación de una factura con la obligación de designar obligatoriamente un responsable del contrato en los contratos menores?

¿Con el tenor literal del art. 118.1 de la LCSP 2017, ya no cabe la tramitación mediante aprobación de factura, a modo ADO, para adjudicar contratos menores? ¿O en la resolución que apruebe el ADO deberá incluirse, a su vez, una referencia a los informes del órgano de contratación?

2.- A la hora de apreciar que no se está produciendo un fraccionamiento del objeto del contrato, según el tenor literal del apartado tercero del art. 118 de la LCSP 2017:

2.1.- ¿Qué periodo debe entenderse como referencia para apreciar que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero del art. 118 de la LCSP 2017? ¿Un año natural (que puede abarcar dos ejercicios presupuestarios)? ¿Un ejercicio presupuestario? ¿Algún otro período (dos años, dos ejercicios, tres años, etc) ?

2.2.- El matiz del art. 118.3 de la LCSP 2017 que señala “(...) que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”, ¿Debe entenderse referido a cualquier calificación de contrato, esto es, que un contratista haya sido adjudicatario de contratos de obras, servicios y/o suministros, o dicha limitación opera respecto a cada tipo contractual? ¿O a cada objeto contractual?



2.3.- ¿La limitación antes referida recogida en el art. 118.3 LCSP 2017 se entiende respecto a ese órgano de contratación (Alcalde respecto a sus contratos, concejalía delegada respecto a los suyos, Junta de Gobierno Local respecto a los suyos y Pleno respecto a los suyos) o respecto a la Administración contratante (Ayuntamiento en conjunto)?.

Agradeceríamos respuesta a las cuestiones formuladas y a las que puedan suscitarse del tenor de la consulta formulada, emitiendo informe, con carácter de urgencia, dada la próxima entrada en vigor de la citada norma, y en aras de unificar criterios para todos los Ayuntamientos del ámbito territorial de la Comunitat Valenciana, de conformidad con lo previsto en el art. 15.2 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación de la Generalitat Valenciana.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Incoherencia e in adecuación de una interpretación literal del artículo 118.3 de la Ley.

La regulación de los contratos menores en 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 lo sucesivo LCSP), ha supuesto un cambio radical de la regulación anterior que no solo no resuelve las imprecisiones que esta contenía en la norma a la que esta Ley ha sustituido --o los problemas que su aplicación generaba-- sino que añade bastantes más. Una prueba de ello es la multiplicidad de informes emitidos por los órganos consultivos del Estado y de varias comunidades autónomas, algunos de ellos dispares entre sí, tratando de interpretar el artículo 118 de la LCSP y de llenar los vacíos dejados por éste.

De la lectura del precepto anterior y de todos los informes interpretativos emitidos hasta el momento sobre la nueva regulación de los contratos menores solo puede extraerse una conclusión previa común: que una interpretación literal de la regla contenida en el apartado 3 del artículo 118 de la LCSP equivaldría prácticamente a la imposibilidad de utilizar esa figura contractual, salvo excepcionalmente, pues si se considera la circunstancia de que el legislador no ha querido establecer

límites temporales, objetivos y subjetivos o territoriales de ningún tipo a la restricción impuesta para poder adjudicar a un contratista un contrato menor, una interpretación literal de la norma nos llevaría a la conclusión de que una vez que una empresa sea --o haya sido-- adjudicataria de algún contrato menor de cualquier administración pública española, nunca más podrá ser adjudicataria de otro si al serlo supera el importe establecido como umbral en el artículo 118.1 de la LCSP. Y como, por otra parte, es imposible o muy difícil que un órgano de contratación concreto pueda cumplir la obligación que establece el 118.3 de “comprobar” el cumplimiento de dicha limitación, habría que concluir igualmente que no es posible utilizar la figura del contrato menor con la suficiente seguridad jurídica de no estar vulnerando la ley.

Las anterior consideración es necesaria para advertir, en primer lugar, que el presente informe no hará sino aportar una interpretación más, en gran parte coincidente con las que ya han efectuado otros órganos consultivos, dirigida a facilitar a los órganos de contratación la aplicación de las normas citadas de una forma compatible y coherente con las restantes normas de la propia LCSP y con la finalidad perseguida por el legislador, partiendo de que el cumplimiento de tales normas ha de ser, además, viable.

2. Documentación necesaria para la tramitación del expediente del contrato menor.

Entrando en la primera de las cuestiones planteadas en la consulta formulada por el Ayuntamiento de Xirivella, ha de señalarse que la tramitación de los contratos menores es una de las regulaciones que han cambiado con la entrada en vigor de la LCSP y que, efectivamente, para ello ya no basta la factura y la aprobación del gasto o, cuando se trate de obras, estas además de la memoria valorada de las obras. En este aspecto no caben interpretaciones porque en la ley no hay lagunas ni omisiones que lo justifiquen y los apartados 1 y 3 del artículo 118 tienen carácter básico y, por tanto, debe darse estricto cumplimiento a lo en ellos dispuesto: además de la aprobación del gasto y la factura, es necesario el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato y ha de justificarse en el expediente que no se está alterando el objeto del contrato para evitar los principios de la contratación pública, así como la circunstancia de que el contratista no se encuentra en el supuesto previsto en el artículo 118.3, si bien esta última deberá apreciarse de forma razonable, transparente y conforme a dichos principios, como se expondrá en el presente informe al analizar las siguientes cuestiones.



3. Período temporal al que debe entenderse referida la incompatibilidad prevista en el artículo 118.3 de la LCSP.

La segunda cuestión planteada es la referida al período que ha de tomarse como referencia para considerar que el contratista al que se pretende adjudicar un contrato menor no ha suscrito otros contratos menores que individual o conjuntamente superen el importe establecido en el artículo 118.1, según se trate de contratos de obras, de suministros o de servicios. En este caso, esta Junta, igual que todos los órganos consultivos que se han pronunciado hasta el momento, entiende que en defecto de lo que en su caso establezcan futuras normas reglamentarias dictadas en desarrollo de la Ley tal restricción debe tenerse por impuesta dentro de un ámbito tanto temporal, como subjetivo u orgánico y objetivo o funcional, dado que no tendría eficacia alguna si se pretendiera ilimitada en cualquiera de estos aspectos.

Por lo que se refiere al ámbito temporal de la prohibición de que un mismo contratista pueda resultar adjudicatario de contratos menores cuyo importe acumulado supere el importe de los umbrales establecidos en el artículo 118.1 de la LCSP, esta Junta comparte el criterio general de los órganos consultivos que se han pronunciado sobre esta cuestión y que toma como referencia el período anual. Sin embargo, dentro de ese criterio general, caben al menos dos interpretaciones posibles: que dicho período venga referido al año natural anterior a la adjudicación de cada contrato menor o que venga referido al ejercicio presupuestario en que se adjudica cada contrato menor. Los órganos consultivos que se han pronunciado sobre esta cuestión lo han hecho de forma diferente y ambas opciones han tenido su aceptación, lo que debe tenerse en cuenta aunque no es objeto del presente informe objetar o apoyar los criterios o razones que en cada caso se han argumentado, sino tratar de dilucidar cuál de ellas es más adecuada a los intereses generales o públicos afectados habida cuenta de que ambas interpretaciones son igual de congruentes con lo dispuesto en la norma legal.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 3/2018, de 13 de febrero, concluyó que *la incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el art. 118.1 subsistirá durante el ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad.*

En cambio, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe 5/2018, concluye que *la aplicación del artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público supone que la limitación en él descrita, (...) debe asimismo valorarse teniendo en cuenta los contratos menores realizados conforme a la normativa precedente en el plazo del año inmediatamente anterior a la aprobación del gasto del nuevo contrato que ya está sujeto a la ley de 2017, sin que esto suponga la aplicación retroactiva de la nueva ley a los contratos anteriores. Anteriormente, en su Informe 41/2017 ya había señalado que a su juicio tal límite temporal debe ser el que la propia ley marca en el artículo 29 respecto de la duración de los contratos menores. De esta manera, por encima de este periodo de un año, la prevención que se establece en la norma resultaría inaplicable fuera de los supuestos en que, a pesar del tiempo transcurrido, existiese un auténtico fraude. Bajo este criterio, por tanto, si la separación entre los contratos menores excede de un año, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una mayor justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor. Finalmente, cabe señalar que este plazo debe contarse desde el momento de la aprobación del gasto a que se alude en el mismo artículo 118. Otra opción, como el cómputo por año natural no tendría mucho sentido para los contratos ejecutados al final del mismo y se trataría de una opción convencional y menos segura jurídicamente.*

Por su parte, la Junta de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Informe 1/2018, de 11 de abril, considera que *en cuanto al cómputo del periodo anual lo más eficaz, así como susceptible de comprobación, es tomar como referencia el ejercicio presupuestario y concluye en consecuencia que el período temporal a que se refiere la prohibición de no superar las cuantías del contrato menor con un mismo empresario ha de entenderse referido a la anualidad o ejercicio presupuestario correspondiente.*

En un sentido análogo, el Informe 1/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de la Generalitat de Catalunya concluye que *el període anual que cal entendre com a àmbit temporal aplicable a la limitació de subscriure un determinat volum de contractes menors amb una mateixa empresa contractista, es considera convenient computar-lo per exercici pressupostari, tant amb la finalitat de permetre el control del compliment de dita limitació –que a Catalunya s’afegeix a l’establerta en l’article 159 de la Llei 5/2017, del 28 de març, de mesures fiscals, administratives, financeres i del sector públic–, com per ser aquesta la base sobre la qual les entitats del sector públic han*



d'efectuar la programació de la seva contractació.

Por último, la Junta Consultiva de la Comunidad de Galicia, en su Informe 1/2018, de 25 de abril de 2018, sobre interpretación del apartado 3º del art. 118 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, destaca que si se acude a las reglas de cálculo de valor estimado para fundamentar un criterio sobre esta cuestión, *el artículo 101.10 de la LCSP, relativo al cálculo del valor estimado, permite optar para el cálculo del valor estimado entre dos magnitudes, básicamente, el valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos; o el valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega. Como indica el artículo 101.4, “la elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de substraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan”.* Y ante dicha opción, el órgano consultivo de la Comunidad de Galicia concluye que, *con carácter general, parece adecuado que el período temporal que debe tener en cuenta la Administración y las entidades del sector público sea el ejercicio presupuestario.*

En el transcurso del periodo anual de un ejercicio presupuestario ambas interpretaciones conducen al mismo resultado: en ambos casos, sin licitación pública, ninguna empresa podrá ser adjudicataria durante dicho periodo de contratos menores que individual o acumuladamente superen el umbral establecido como límite en el art. 118.1 de la LCSP. Sin embargo, la exigencia adicional de que en el momento de contratar se computen los contratos menores tenidos con el contratista desde un año antes a la aprobación de una nueva contratación menor para determinar el cumplimiento de esa limitación, añade una restricción adicional que en nada mejora el cumplimiento de los principios de la contratación pública que se tratan de proteger y, en cambio, dificulta su comprobación y puede crear inconvenientes y perjuicios al interés público al limitar la posibilidad de utilizar el contrato menor en función de las necesidades reales apreciadas por el órgano de contratación. Téngase en cuenta que los contratos menores se definen objetivamente por la cuantía y, pese a su menor importancia, el órgano de contratación puede promover una concurrencia adecuada y proporcionada a dicha circunstancia y adjudicarlo previa consulta a varias empresas antes de seleccionar la adjudicataria. De ese modo, un órgano de contratación puede haber efectuado una contratación menor con un contratista en el segundo semestre de un ejercicio presupuestario y, antes de que transcurra un año natural, precisar volver a contratar otro contrato menor en el ejercicio siguiente para el cual el mismo

contratista puede estar capacitado y formular la mejor oferta al ser consultado.

En consecuencia, respecto al período que debe tomarse como referencia para apreciar el cumplimiento de la limitación establecida en el apartado 1 del artículo 118 de la LCSP, en relación con su apartado 1, esta Junta entiende que puede y debe considerarse más adecuado y conveniente al interés general el período correspondiente a cada ejercicio presupuestario para computar los contratos menores adjudicados a un determinado contratista, dado que este criterio se adapta mejor a la diversidad de situaciones que pueden darse en la gestión cotidiana y, además, facilita su comprobación por los órganos encargados de la fiscalización de las cuentas públicas, rendidas y contabilizadas siempre por ejercicios presupuestarios.

4. Clase y objeto del contrato sobre el que recae la limitación del artículo 118.3 de la LCSP

Menos polémica ha suscitado la tercera cuestión planteada en la consulta formulada por el Ayuntamiento de Xirivella, relativa a si la limitación de adjudicar directamente contratos menores a un mismo contratista debe entenderse formulada globalmente independientemente de su objeto, o bien referida a cada tipo de contratos o referida a contratos cuyo objeto sea coincidente, similar, complementario o análogo.

Respecto a esta cuestión, esta Junta y todos los órganos consultivos que se han pronunciado sobre ella coinciden en que el artículo 118.3 de la LCSP debe interpretarse atendiendo a todo su contenido y en su contexto. La finalidad de dicha norma es, como el propio precepto señala, evitar que se altere el objeto del contrato para eludir las reglas generales de contratación, que no son otras que las normas que aseguran los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos de contratación, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, libertad de acceso a la contratación pública y eficiencia en la utilización de los fondos públicos destinados a realización de obras o a la adquisición de bienes y servicios.

Por tipos de contrato, a esta Junta no le cabe la menor duda de que los límites establecidos en el artículo 118.3, en relación con los umbrales del artículo 118.1, deben entenderse establecidos para cada uno de los tipos de contrato ya que no tendría sentido entenderlo de otra forma. Puede haber alguna duda en el caso de contratos mixtos de obras y servicios o de obras y suministros pero en ese



caso basta con aplicar los criterios establecidos en el artículo 18 de la LCSP. Sin embargo, la cuestión esencial no es ésta, sino que el precepto ha de entenderse como una prohibición de adjudicar directamente a un mismo contratista, sin licitación pública, prestaciones fragmentadas o sucesivas cuando dichas prestaciones constituyen una unidad que podrían ser objeto de licitación pública o podrían constituir la si se aplicaran criterios de eficiencia y transparencia.

En relación con esta cuestión de los requisitos establecidos en el artículo 118.3 de la LCSP, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el ya citado Informe 41/2017, se pronunciaba en los términos siguientes:

(...) es menester acudir a otros criterios de interpretación de los contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil y, entre ellos, en este caso en particular al espíritu y finalidad que la norma descrita persigue en su conjunto. Bajo esta premisa parece claro que la interpretación separada de los dos requisitos que cita el precepto conduce al absurdo, tal como hemos expuesto, de modo que procedería considerar ambas condiciones como cumulativas y conectadas con un fin último coincidente. Como hemos visto, tal fin es precisamente la proscripción de la división arbitraria del contrato con la finalidad de defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor, lo que resulta plenamente congruente con el contenido de la segunda condición que venimos tratando en la medida en que la forma habitual de fraude consiste, en este caso, en la realización sucesiva de contratos menores con el mismo objeto exactamente, esto es, refiriéndose a un contrato que debió ser tratado como una unidad tanto en el aspecto económico como en el aspecto jurídico.

Esta interpretación permite lograr con facilidad la finalidad perseguida por la norma, pero impide que un excesivo rigorismo en su interpretación conduzca a resultados tales como la imposibilidad de ejecutar sucesivos contratos menores por parte de un operador económico en varios supuestos:

- cuando sus objetos sean cualitativamente distintos o*
- cuando, siendo las prestaciones que constituyen su objeto equivalentes, no haya duda alguna de que no constituyen una unidad de ejecución en lo económico y en lo jurídico.*

También cabe, mediante esta interpretación, limitar la posibilidad de fraude cuando cualitativamente

las prestaciones que constituyen los objetos de los diferentes contratos menores puedan parecer desgajadas sustantivamente entre sí, pero se pueda comprobar que constituyen una unidad en su conjunto. Esta circunstancia puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de que se contraten separadamente prestaciones correspondientes a la construcción o fabricación de un mismo bien de suerte que, de haberse considerado una unidad, habría tenido que licitarse un único contrato sujeto a unas condiciones de concurrencia y publicidad más estrictas.

Es evidente, a juicio de este órgano consultivo, que cuando el legislador alude a la no existencia de un contrato menor anterior con la misma entidad contratista que, individual o conjuntamente supere los umbrales, la finalidad de la norma es proscribir la posibilidad de que se pueda burlar el límite cuantitativo del contrato menor mediante una actitud opaca que caracterice los sucesivos contratos como independientes entre sí, ocultando el conocimiento de la verdadera unidad existente entre todos ellos. Por eso, la mención contenida en la ley a esta segunda condición no se convierte en baladí o innecesaria en modo alguno. Por el contrario, llama la atención del exégeta sobre la necesidad de que el órgano de contratación (en el sentido que marca la ley en el artículo 101.6) evite la realización de esta conducta mediante la celebración sucesiva de contratos menores cuyo objeto deba considerarse como una unidad.

Quien ejerza las funciones del órgano de contratación ha de tener en cuenta su obligación, establecida actualmente en el artículo 28.4 de la LCSP, de programar la actividad de contratación pública que desarrollará en cada ejercicio presupuestario, e incluso en períodos plurianuales, así como de dar a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa que recoja al menos los contratos sujetos a regulación armonizada. En consecuencia, si dicha programación se lleva a cabo, no cabe motivo alguno que justifique la adjudicación directa a un mismo contratista de contratos menores simultáneos o sucesivos con objeto idéntico, similar o complementario, si hubieran podido ser sometidos a licitación pública de actuarse con la debida diligencia y eficiencia.

Por tanto, la limitación establecida en el artículo 118.3 debe entenderse, en lo relativo al objeto del contrato menor, como una prohibición de adjudicar directamente a un mismo contratista contratos menores del mismo tipo que superen el umbral establecido en el 118.1 y para prestaciones fragmentadas o sucesivas que deberían tratarse como una unidad y podrían haberse licitado



conjuntamente y adjudicado mediante un procedimiento de contratación público. Y a *contrario sensu*, como señala la JCCSP del Estado en su Informe 42/2017, *la ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad*.

5. Ámbito orgánico o subjetivo en el que debe cumplirse la limitación del artículo 118.3 de la LCSP

La última cuestión planteada en la consulta es la relativa a cómo debe interpretarse la referencia al órgano de contratación en el artículo 118.3 y, en función de ello, cuál es el alcance de la limitación propiamente dicha que dicho artículo establece en relación con el 118.1.

La LCSP no hace distinciones entre los órganos que tienen atribuida la competencia como titulares del órgano de contratación y los que la ejercen por delegación o desconcentración. Tampoco la hacen las Directivas europeas pero en este caso las normas europeas optan en general por referirse a los poderes adjudicadores. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el apartado 118.1 de la LCSP al establecer los umbrales que delimitan el contrato menor y que, por remisión del 118.3, se convierten en los límites para la adjudicación de contratos menores a un mismo contratista, lo hace en función del *valor estimado de los contratos*. Es decir, cabe interpretar que la limitación del 118.3 viene referida al valor estimado de los contratos adjudicados a ese contratista por un mismo órgano de contratación, entendido como el que efectivamente ejerce la facultad de adjudicar el contrato.

Este criterio se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSP donde, además de prohibir en su apartado 2 que la elección del método para calcular el valor estimado se efectúe para sustraer el contrato a la aplicación de las normas que correspondan, se dispone en su apartado 6 lo siguiente:

Cuando un órgano de contratación esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales.

No obstante lo anterior, cuando una unidad funcional separada sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella, los valores pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate.

En todo caso, se entenderá que se da la circunstancia aludida en el párrafo anterior cuando dicha unidad funcional separada cuente con financiación específica y con competencias respecto a la adjudicación del contrato.

Los dos primeros párrafos del precepto anterior se encuentran con idéntica redacción en el artículo 5.2 de la Directiva 2014/24/UE, si bien en la norma europea se refiere al poder adjudicador en lugar de al órgano de contratación. El considerando 20 de esta Directiva ilustra esta cuestión de la siguiente forma: *A los efectos de estimar el valor de un contrato concreto es preciso aclarar que debe permitirse basar la estimación de este valor en una fragmentación del objeto del contrato únicamente cuando esté justificado por motivos objetivos. Por ejemplo estaría justificada una estimación del valor de un contrato al nivel de una unidad funcional que esté separada del poder adjudicador, como es el caso de un colegio o de una guardería, siempre y cuando la unidad de que se trate sea responsable de manera independiente de su contratación. Puede suponerse que así es cuando la unidad funcional que esté separada del poder adjudicador lleve los procedimientos de contratación y tome las decisiones de compra de manera independiente, disponga de una línea presupuestaria separada para los contratos de que se trate, celebre el contrato de manera independiente y lo financie con cargo a un presupuesto del que dispone. No se justifica una fragmentación cuando el poder adjudicador se limite a organizar una licitación de manera descentralizada.*

El concepto de valor estimado en la legislación de contratos del sector público tiene precisamente como razón de ser distinta de la de precio del contrato la de servir como factor para la determinación de las normas que en materia de publicidad y de procedimiento son de obligado cumplimiento para la adjudicación al contrato. Asimismo, el artículo 99.2 del LCSP establece que 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.

Precisamente por eso, dado que el artículo 118.3 tiene por finalidad prohibir el recurso al contrato menor para eludir las obligaciones que en función del valor estimado de las prestaciones se derivan de los principios de publicidad y de concurrencia que rigen en la contratación pública, la misma interpretación teleológica que venimos haciendo en los anteriores aspectos analizados en el presente informe debe aplicarse en el presente supuesto: la referencia al “órgano de contratación” contenida en dicho artículo debe ser entendida como referida a aquellos órganos que ejercen las facultades del



órgano de contratación, bien sea como titulares de la competencia o bien por delegación o por desconcentración (si no fuera así la Ley lo hubiera dicho expresamente), siempre que tengan autonomía y responsabilidad suficientes para adjudicar los contratos menores y lo hagan con cargo al presupuesto del que disponen o tienen asignado en exclusiva, siendo, por tanto, sobre quienes debe recaer la obligación de comprobar que en su unidad funcional o en la entidad de la que son responsables no se adjudican directamente a un mismo contratista contratos menores cuyo valor estimado acumulado incurra en la prohibición establecida en el artículo 118.3, tal como viene siendo interpretada en el presente informe.

En el caso de la corporación local que formula la consulta no todos los supuestos tienen la misma consideración. A tenor de lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la LCSP no parece probable que el Pleno ejerza competencias como órgano de contratación en contratos menores. La cuestión puede plantearse cuando el alcalde delegue la competencia como órgano de contratación en otros miembros de la corporación, para contratos administrativos del propio Ayuntamiento y otorgándoles a estos facultades para adjudicar directamente contratos menores. En ese caso, debe tenerse en cuenta si dichos órganos actúan con la autonomía y responsabilidad suficientes por disponer de un presupuesto asignado a la unidad funcional que dirigen y pueden tramitar contratos menores de forma separada e independiente. En caso contrario, los contratos menores adjudicados por delegación deben considerarse conjuntamente con los adjudicados por el titular de la competencia a efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 118.3 de la LCSP.

Es decir, se puede considerar admisible la técnica de la delegación de competencia a los efectos de entender que existe una unidad funcional separada, de las contempladas en el artículo 101.6 de la LCSP. Pero para ello, además, deben concurrir las demás notas, es decir, que pueda considerarse separada, no en el aspecto orgánico o jerárquico, sino en lo que hace a la función que desempeña, que cuente con financiación específica y que sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación.

Según afirma la Junta del Estado, *el artículo 118.3 de la LCSP debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar en el expediente de contratación de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor.*

6. Aplicación del artículo 118.3 en función del procedimiento de adjudicación del contrato

Hay al menos una cuestión adicional fundamental que no ha sido planteada en la consulta formulada por el Ayuntamiento, que se deriva de las interpretaciones expuestas en el presente informe y sobre la que algunos de los órganos consultivos ya se han manifestado en mayor o menor medida: el artículo 118.3 no debe interpretarse como una limitación de los contratos menores adjudicados a un mismo contratista por el mero de hecho de ser menores, sino como una limitación de los contratos menores adjudicados directamente a un contratista o sin que medie uno cualquiera de los otros procedimientos de contratación previstos en la LCSP, que sí se llevan a cabo en régimen de concurrencia y sometidos a principios de publicidad, igualdad de trato y no discriminación de los posibles licitadores o candidatos. Es decir, la limitación o incompatibilidad del contratista no se produce por la circunstancia de tratarse de contratos menores que conjunta o individualmente alcanzan el umbral del art. 118.1, sino por adjudicarse estos de forma directa o en condiciones de publicidad y concurrencia insuficientes que no se ajustan a los procedimientos previstos en la ley.

Como bien señala la Junta Consultiva de Aragón en su ya citado Informe 3/2018, la incompatibilidad contenida en el art. 118.3 LCSP parte de la consideración de la contratación menor como un procedimiento contractual que permite la adjudicación directa. Sin embargo no bastará con cualquier publicidad o promoción de la concurrencia –en sí recomendables con carácter general- para sortear los límites establecidos para los contratos menores. La previsión legal de un procedimiento abreviado abierto sumario se hizo expresamente para canalizar contratos que en muchos casos pueden tramitarse por uno u otro procedimiento, como alternativa al contrato menor. En consecuencia, es la aplicación de un procedimiento que cumpla con los requerimientos establecidos por el legislador para el procedimiento abierto abreviado sumario, u otro con mayores garantías de publicidad y concurrencia, lo que evitará la aplicación de los límites cumulativos del art. 118.

Por tanto, el órgano de contratación debe tener en cuenta que la LCSP tiene actualmente alternativas eficaces para adjudicar contratos que por su cuantía son menores, pero en los que nada impide que su adjudicación se lleve a cabo mediante un procedimiento abierto y, en particular, mediante el procedimiento abierto simplificado previsto en el artículo 159.6, susceptible de tramitación especialmente sumaria y aplicable para la contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000€ o de suministros o servicios de valor estimado inferior a 35.000€. Asimismo nada empuja a que los



contratos menores se liciten en la plataforma de contratación del sector público como tales, pues dicho instrumento está preparada para ello , promoviendo así los principios de transparencia, igualdad de acceso a los contratos y libre concurrencia.

Especial mención debe hacerse en el caso de suministros comunes o servicios generales de tracto sucesivo y previsible, en los que la obligación de planificación de la contratación y la certeza de su repetición ejercicio tras ejercicio exige que los órganos de contratación eviten sin más excusas ni dilación, pues carece de justificación, el recurso a la adjudicación directa y la omisión del cumplimiento del principio de concurrencia, libertad de acceso a las licitaciones, transparencia y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos potenciales.

CONCLUSIONES

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 118, números 1 y 3, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, para la tramitación de un contrato menor adjudicado directamente, además de la aprobación del gasto y la factura, es necesario en todo caso el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato y ha de justificarse en el expediente que no se está alterando el objeto del contrato para evitar los principios de la contratación pública, así como que se ha comprobado la circunstancia de que, con la adjudicación de dicho contrato menor, el contratista no se encontrará en la situación de incompatibilidad prevista en el artículo 118.3 de la Ley.
2. El límite a la adjudicación de contratos menores a un mismo contratista, establecido en el apartado 3 del artículo 118 de la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con los umbrales señalados en su apartado 1, debe entenderse referido a contratos del mismo tipo o clase, para prestaciones que no sean cualitativamente diferentes, adjudicados directamente y con cargo a los créditos de un mismo ejercicio presupuestario anual. En el caso de que un contrato menor se financie con cargo a créditos de más de un ejercicio presupuestario, deberá tenerse en cuenta la cuantía correspondiente a cada anualidad de forma que el citado limite se cumpla en cada ejercicio presupuestario anual.
3. En el supuesto de delegación de las facultades del Alcalde o de la Junta de Gobierno Local como órgano de contratación en otros miembros u órganos de la Corporación local, la limitación establecida

en el artículo 118.3 de la Ley de Contratos del Sector Público podrá entenderse referida a los contratos adjudicados por cada órgano que ejerza las facultades de contratación, cuando estos últimos ejerzan tales funciones con autonomía funcional y responsabilidad y dichos contratos se financien con cargo a un presupuesto que tengan asignado o del que dispongan en exclusiva, todo ello sin perjuicio de la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 9 del Decreto 35/2018, de 23 de marzo del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y tendrá carácter no vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA

Vº Bº LA PRESIDENTA

SUBSECRETARIA DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 15 de junio de 2018

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ Palau, 12 -3a planta
46001 VALÈNCIA
Tel.: 961 613072
Correo: secretaria_JSCA@gva.es

Ref.: SUB/SCC/mvt-asm
Asunto: Informe 8/2018

INFORME 8/2018 DE 15 DE JUNIO 2018 . INTERPRETACIÓN DEL ART. 118.3 DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE DE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

ANTECEDENTES

En fecha 8 de mayo de 2018, ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa, mediante el Registro departamental, solicitud de informe de Presidència de la Generalitat, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“De conformitat amb el que preveu l'article 9 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel que és regula la Junta Superior de Contractació Administrativa, el Registre Oficial de Contractes de la Generalitat, el Registre de contractistes i empreses classificades de la Comunitat Valenciana i la central de Compres de la Generalitat i s'adopten mesures respecte de la contractació centralitzada, esta sotssecretària de la Presidencia de la Generalitat, sol·licita a eixa Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat INFORME sobre determinats aspectes de la regulació dels contractes menors determinada en la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic (d'ara en avant LCSP), en atenció al següent:

Antecedents

L'article 118 de la LCSP regula “el Expediente de contratación en los contratos menores” establert:

1. "Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizadas en el ámbito estatal. En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato.

Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

3. En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano

de contractació comprovarà el compliment de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2º.

4. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.”

Per la seua banda l'article 131, regula el procediment d'adjudicació, i respecte als menors indica en el seu apartat tercer:

“3. Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118.”

L'article 29 determina el "termini de duració dels contractes i d'execució de la prestació", establint en el seu apartat 8 que:

“8. Los contratos menores definidos en el apartado primero del artículo 118 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.”

Finalment, quant a la perfecció dels contractes menors, L'article 36, apartat 1 indica:

“1. Los contratos que celebren los poderes adjudicadores, a excepción de los contratos menores y de los contratos basados en un acuerdo marco y de los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición a los que se refiere el apartado 3 de este artículo, se perfeccionan con su formalización.”

L'articulat de la LCSP manté, igual que en la norma anterior, que els contractes menors no podran tindre una duració superior a un any ni ser objecte de pròrroga, i que no és necessària la seua formalització perquè s'entenguen perfeccionats. No obstant això reduïx en l'article 118.1 els llindars de valor estimat que permeten qualificar un contracte menor i introduïx com a gran novetat l'obligació de comptar amb un "expedient de contractació”.

L'expedient estarà compost, de forma general de:

1. Informe de l'òrgan de contractació motivant la necessitat del contracte.
2. Aprovació del gasto.
3. Incorporació de la factura.
4. Justificació que no s'està alterant l'objecte del contracte per a evitar l'aplicació de les regles generals de contractació.
5. Justificació que el contractista no ha subscrit més contractes menors que individual o conjuntament superen la xifra que consta en l'apartat primer de l'art. 118. D'esta regla s'exclouen les obres, subministraments o servicis que només poden ser encomanats a un empresari determinat, si el contracte té per objecte la creació o adquisició d'una obra d'art o representació artística única no integrant del Patrimoni Històric Espanyol o si no hi ha competència per raons tècniques, o si és procedent la protecció de drets exclusius, inclosos els drets de propietat intel·lectual i industrial.

Qüestions que es plantegen davant de la nova regulació

Tenint en compte que l'expedient en particular que ha inclòs la LCSP per als contractes menors suposa una implicació directa i obligatòria de l'òrgan de contractació a fi d'evitar els fraccionaments, justificant que no s'altera l'objecte del contracte per a evitar les normes generals de contractació i que el contractista no ha superat, per mitjà de l'acumulació de contractes menors els llindars continguts en el punt 1 de l'article



118, resulta necessari resoldre les qüestions següents:

a) Com interpretar "que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superan la cifra que consta en el apartado primero de este artículo"

Ja que l'art. 118.1 estableix que "se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 €, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 €, cuando se trate de contratos de suministros o de servicios" indicant dos xifres, es plantegen tres possibles interpretacions:

1.- Que es considere "la xifra" com la més alta del punt primer de l'article, és a dir, que haja de ser inferior a 40.000 € en total.

2.- Que es considere que "la xifra" ha d'associar-se al tipus de contracte, és a dir, que un mateix contractista poguera acumular en contractes menors una quantitat inferior a 70.000 € (40.000 € per mètja de la realització d'obres, 15.000 € per mètja de subministraments i 15.000 € per mètja de servicis)

3.- Que s'estime que "la xifra" ha de considerar-se entenent que serà un import inferior a 40.000 € per a obres i a 15.000 € per a l'import acumulat de subministraments i servicis, és a dir, que un mateix contractista poguera acumular per mètja de la realització de contractes menors un import màxim inferior a 55.000 €.

b) Una altra qüestió a resoldre és quin és l'àmbit temporal en què ha d'aplicar-se la restricció d'acumulació d'imports per mètja de contractes menors, ja que l'art. 118 no estableix res respecte d'això.

c) Finalment, s'ha de considerar que siga quina siga l'obra, el tipus de subministrament o la classe de servici, totes les seues quanties han de sumar-se per a comprovar si s'aconseguixen els imports màxims establits en l'art. 118?

Sobre estes qüestions s'ha pronunciat recentment la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat, en concret en els informes 41/2017, 42/2017, 5/2018, arribant a les conclusions següents:

"* El artículo 118.3 dela LCSP debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar en el expediente de contratación de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor.

* Esta conducta defraudadora queda prohibida en la ley cualquiera que sea el momento en que se produzca.

* La ley no contempla una limitación a la celebración contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean equitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí es posible celebrar contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso deberá justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma.

* Cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes haya mediado más de un año, contado desde la aprobación,del gasto, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario una ulterior justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor."

Per la seua banda, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de [Aragó], en el seu informe 3/2018, de 23 de febrer, arriba a les següents conclusions, respecte a la incompatibilitat per a l'adjudicació de contractes menors:

"I. La regla de incompatibilidad que establece el art. 118.3 debe operar respecto de contratos menores de la misma tipología a aquél que pretenda adjudicarse de manera sucesiva, es decir. entre contratos menores de obras, entre contratos menores de servicios o entre contratos menores de suministros respectivamente, anteriores al nuevo contrato de obras, servicios o suministros que pretenda adjudicarse.

III. La regla de incompatibilidad prevista en el art. 118.3 LCSP resulta de aplicación respecto a cada uno de los órganos de contratación, no respecto a la entidad respecto a la que varios de tales órganos puedan imputar sus actuaciones.

IV. La incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el art. 118.1 subsistirá durante el ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad."

Davant de la diversitat d'interpretacions de l'article 118 que s'acaben de posar de manifest, efectuades per la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat i per la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de Aragó, se sol·licita a la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat emeta un informe sobre les incompatibilitats d'adjudicació establides en l'article 118 de la LCSP vigent."

Asimismo, en fecha 11 de mayo de 2018, ha tenido entrada en el Registro departamental de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe de la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas, solicitada a través de la Intervención General, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

"Ante la reciente entrada en vigor 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, esta Subsecretaria está procediendo a adaptar a la misma los diferentes procedimientos y criterios de actuación en materia de contratación.

En estos momentos nos preocupa especialmente la tramitación de los expedientes de contratos menores, respecto a los cuales el artículo 118 de la citada Ley exige una cierta actividad administrativa que supone limitaciones en su utilización. Sin embargo, están apareciendo diversas interpretaciones al respecto observándose, por ejemplo, que existen dictámenes de alguna Junta Consultiva de Contratación autonómica (como la Junta de la Comunidad Autónoma de Aragón) que difiere de los manifestados por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Por ello y con el objeto de obtener un criterio general que nos permita actuar con la mayor seguridad y precisión jurídica en este proceso práctico de adaptación normativa se solicitan criterios o indicaciones con carácter general sobre la interpretación de dicho precepto y, en particular, sobre los siguientes extremos:

a) Si las limitaciones que establece el art. 118.3 se aplican a las entidades contratantes o bien debe entenderse referida a cada uno de los órganos de contratación, pues hemos de tener en cuenta que



en nuestra conselleria existe una delegación de competencias en materia de contratación por parte del titular de esta conselleria en diversos centros directivos de la misma (Subsecretaria y Direcciones Generales).

b) Documentación a incorporar al expediente en los supuestos de pagos por el sistema de Caja Fija.

c) Modo de interpretar los límites temporales respecto a la limitación de que el contratista no haya suscrito contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido.”

Además de la anterior, el escrito de la Intervención General adjunta también copia de un escrito del Interventor Delegado en la Dirección Territorial de Sanidad y Salud Pública de Valencia por el que solicita a la Intervención General aclaración sobre la interpretación que debe darse al apartado 3 del artículo 118 de la LCSP.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El presente informe tiene carácter consultivo, se emite en el ejercicio de las funciones encomendadas a esta Junta en los artículos 1 y 2 del Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, y dado que las consultas anteriores vienen referidas a la interpretación de los mismos preceptos legales, se procede a acumular y atender simultáneamente las consultas planteadas por los dos departamentos de la Generalitat que las han formulado. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto citado el presente informe tiene también carácter no vinculante y los órganos consultantes pueden adoptar sus decisiones ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

1. Necesidad de una interpretación acorde y coherente con el conjunto de normas de la Ley.

En el Informe 4/2018 esta Junta ya ha puesto de manifiesto la observación de que la regulación de los contratos menores en 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 lo sucesivo LCSP), ha supuesto un cambio radical de la regulación anterior que no solo no resuelve las imprecisiones que esta contenía en la norma a la que esta Ley ha sustituido --o los problemas que su aplicación generaba-- sino que añade bastantes más. Una prueba de ello es la multiplicidad de informes emitidos por los órganos consultivos del Estado y de varias comunidades autónomas, algunos de ellos dispares entre sí, tratando de interpretar el artículo 118 de la LCSP y de llenar los vacíos dejados por éste.

La pretensión común de esta Junta y de los órganos consultivos que se han pronunciado sobre estas cuestiones es la de que cualquier interpretación del artículo 118, y especialmente la de su apartado 3, atienda y sea fiel a la finalidad perseguida por el legislador al imponer los requisitos y limitaciones que en dicho precepto se establecen, teniendo en cuenta que al mismo tiempo ha de facilitarse su cumplimiento de una forma viable y coherente con las restantes normas de la propia ley. Así, ha de destacarse que el motivo que inspira dicho precepto y lo dispuesto en el mismo está en consonancia, por ejemplo y entre otros, con el artículo 99.2 de la LCSP, que establece que *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*; con el artículo 101.5, que señala que

la elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan, y también con el artículo 132.2, que previene que la contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios. Por tanto, esta Junta entiende que este es, pues, el contexto en el que ha de interpretarse el artículo 118 de la LCSP, conjuntamente con los principios y finalidad de la contratación pública que se establecen en el artículo 1 de la Ley, entre los cuales destacan la publicidad y transparencia de los procedimientos, la no discriminación e igualdad de trato a los posibles licitadores y la salvaguarda de la libre competencia.

2. Relación entre la limitación establecida en el artículo 118.3 de la LCSP y la clase y objeto del contrato.

De las cuestiones concretas referidas en los apartados a) y c) de la consulta de Presidencia, sobre cómo ha de interpretarse el límite establecido en el apartado 3 del artículo 118, en relación con la clase y objeto del contrato, respectivamente, para apreciar si se superan o no los umbrales establecidos en su apartado 1, puede decirse que, si bien con matices, dichas cuestiones han encontrado una respuesta e interpretaciones de los órganos consultivos mayoritariamente coincidentes, las cuales constituyen también el criterio adoptado por esta Junta en el ya citado informe 4/2018:

Por tipos de contrato, a esta Junta no le cabe la menor duda de que los límites establecidos en el artículo 118.3, en relación con los umbrales del artículo 118.1, deben entenderse establecidos para cada uno de los tipos de contrato ya que no tendría sentido entenderlo de otra forma. Puede haber alguna duda en el caso de contratos mixtos de obras y servicios o de obras y suministros pero en ese caso basta con aplicar los criterios establecidos en el artículo 18 de la LCSP. Sin embargo, la cuestión esencial no es ésta, sino que el precepto ha de entenderse como una prohibición de adjudicar directamente a un mismo contratista, sin licitación pública, prestaciones fragmentadas o sucesivas cuando dichas prestaciones constituyen una unidad que podrían ser objeto de licitación pública o podrían constituirla si se aplicaran criterios de eficiencia y transparencia.

(...)

Por tanto, la limitación establecida en el artículo 118.3 debe entenderse, en lo relativo al objeto del contrato menor, como una prohibición de adjudicar directamente a un mismo contratista contratos menores del mismo tipo que superen el umbral establecido en el 118.1 y para prestaciones fragmentadas o sucesivas que deberían tratarse como una unidad y podrían haberse licitado conjuntamente y adjudicado mediante un procedimiento de contratación pública. Y a contrario sensu, como señala la JCCSP del Estado en su Informe 42/2017, la ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad.

Sobre esta cuestión de la fragmentación del objeto del contrato, antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017 ya se había pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 507/2016, de 15 de julio, donde entre las consideraciones que siguen plenamente vigentes ahora señala que (...) *cuando el órgano de contratación pretende contratar una obra,*



suministro o servicio para satisfacer una determinada necesidad, existiendo una única finalidad técnica y económica de las diferentes prestaciones que se contratan, la licitación ha de efectuarse en un único procedimiento, el cual podrá en su caso dividirse en lotes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 TRLCSP, pero sin que dicha división permita al órgano de contratación eludir la aplicación del procedimiento que corresponda en función del valor estimado del total de las prestaciones del contrato.

Solo cuando exista una razón objetiva que permita considerar que cada prestación en sí misma considerada responde a una finalidad técnica y económica, independiente y separable del resto, podrá el órgano de contratación optar por efectuar procedimientos separados para cada una de ellas, calculando también de forma independiente su valor estimado a efectos de la determinación del régimen jurídico que corresponda.

Adicionalmente, obsérvese en cualquier caso que de la interpretación teleológica del artículo 118 de la LCSP que venimos defendiendo se deriva que la regla contenida en su apartado 3 resulta aplicable únicamente cuando el contrato menor se adjudica *directamente* al contratista, amparándose en lo dispuesto en el artículo 131.3 e independientemente de que se pueda haber consultado a una o a varias empresas. En cambio, de acuerdo con esta interpretación, la limitación contenida en el artículo 118.3 de la LCSP no es aplicable si el contrato menor, considerado así exclusivamente por su cuantía, se adjudicara mediante un procedimiento abierto o cualquier otro de los previstos en la Ley en régimen de publicidad, concurrencia y libre acceso a la licitación, no discriminación e igualdad de trato a los candidatos o licitadores. En particular, ha de tenerse en cuenta la posibilidad de utilizar, para adjudicar los contratos menores, el procedimiento abierto simplificado de tramitación sumaria previsto en el artículo 159.6 de la LCSP para los contratos de obras de valor estimado inferior 80.000€ y para los contratos de servicios o de suministros de valor estimado inferior a 35.000€, umbrales ambos que contienen a su vez los de los contratos menores.

3. Período al que ha de entenderse referido el límite de la contratación menor con un mismo contratista establecido en el artículo 118.3

Respecto a la cuestión planteada en segundo lugar por la consulta del departamento de la Presidencia de la Generalitat, relativa al ámbito temporal que ha de tomarse en consideración para aplicar la limitación establecida en el artículo 118.3 de la LCSP, esta Junta, con motivo del Informe 4/2018 antes citado, ha examinado en primer lugar la interpretación efectuada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) y por los distintos órganos consultivos de las Comunidades Autónomas que se han manifestado hasta el momento. Las interpretaciones son efectivamente dispares aunque tienen elementos en común que también compartimos. Todas coinciden en que un período anual constituye la referencia que ha de tomarse para apreciar el cumplimiento de la limitación establecida en dicha norma pero, mientras que la JCCPE entiende que dicho período ha de ser el año anterior a la aprobación del gasto, los órganos consultivos de las CCAA entienden que dicho período ha de venir referido al del ejercicio presupuestario con cargo al cual se financia el contrato. Este último criterio es el adoptado por esta Junta en el Informe 4/2018 por los motivos que allí se exponen:

En el transcurso del periodo anual de un ejercicio presupuestario ambas interpretaciones conducen al mismo resultado: en ambos casos, sin licitación pública, ninguna empresa podrá ser adjudicataria durante dicho periodo de contratos menores que individual o acumuladamente superen el umbral

establecido como límite en el art. 118.1 de la LCSP. Sin embargo, la exigencia adicional de que en el momento de contratar se computen los contratos menores tenidos con el contratista desde un año antes a la aprobación de una nueva contratación menor para determinar el cumplimiento de esa limitación, añade una restricción adicional que en nada mejora el cumplimiento de los principios de la contratación pública que se tratan de proteger y, en cambio, dificulta su comprobación y puede crear inconvenientes y perjuicios al interés público al limitar la posibilidad de utilizar el contrato menor en función de las necesidades reales apreciadas por el órgano de contratación. Téngase en cuenta que los contratos menores se definen objetivamente por la cuantía y, pese a su menor importancia, el órgano de contratación puede promover una concurrencia adecuada y proporcionada a dicha circunstancia y adjudicarlo previa consulta a varias empresas antes de seleccionar la adjudicataria. De ese modo, un órgano de contratación puede haber efectuado una contratación menor con un contratista en el segundo semestre de un ejercicio presupuestario y, antes de que transcurra un año natural, precisar volver a contratar otro contrato menor en el ejercicio siguiente para el cual el mismo contratista puede estar capacitado y formular la mejor oferta al ser consultado.

En consecuencia, respecto al período que debe tomarse como referencia para apreciar el cumplimiento de la limitación establecida en el apartado 1 del artículo 118 de la LCSP, en relación con su apartado 1, esta Junta entiende que puede y debe considerarse más adecuado y conveniente al interés general el período correspondiente a cada ejercicio presupuestario para computar los contratos menores adjudicados a un determinado contratista, dado que este criterio se adapta mejor a la diversidad de situaciones que pueden darse en la gestión cotidiana y, además, facilita su comprobación por los órganos encargados de la fiscalización de las cuentas públicas, rendidas y contabilizadas siempre por ejercicios presupuestarios.

4. Ámbito subjetivo u orgánico al que ha de entenderse referida la limitación del artículo 118.3 de la LCSP.

Esta cuestión, planteada en la consulta formulada a la Intervención General por la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas, ha sido también abordada por esta Junta en el Informe 4/2018, de esta misma fecha, y en los términos siguientes:

La LCSP no hace distinciones entre los órganos que tienen atribuida la competencia como titulares del órgano de contratación y los que la ejercen por delegación o desconcentración. Tampoco la hacen las Directivas europeas pero en este caso las normas europeas optan en general por referirse a los poderes adjudicadores. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el apartado 118.1 de la LCSP, al establecer los umbrales que delimitan el contrato menor y que, por remisión del 118.3, se convierten en los límites para la adjudicación de contratos menores a un mismo contratista, lo hace en función del valor estimado de los contratos. Es decir, cabe interpretar que la limitación del 118.3 viene referida al valor estimado de los contratos adjudicados a ese contratista por un mismo órgano de contratación, entendido como el poder adjudicador que efectivamente ejerce la facultad de adjudicar el contrato.

Este criterio se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSP donde, además de prohibir en su apartado 2 que la elección del método para calcular el valor estimado se efectúe para sustraer el contrato a la aplicación de las normas que correspondan, se dispone en su apartado 6 lo siguiente:



“Cuando un órgano de contratación esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales.

No obstante lo anterior, cuando una unidad funcional separada sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella, los valores pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate.

En todo caso, se entenderá que se da la circunstancia aludida en el párrafo anterior cuando dicha unidad funcional separada cuente con financiación específica y con competencias respecto a la adjudicación del contrato.”

Los dos primeros párrafos del precepto anterior se encuentran con idéntica redacción en el artículo 5.2 de la Directiva 2014/24/UE, si bien en la norma europea se refiere al poder adjudicador en lugar de al órgano de contratación. El considerando 20 de esta Directiva ilustra esta cuestión de la siguiente forma: “A los efectos de estimar el valor de un contrato concreto es preciso aclarar que debe permitirse basar la estimación de este valor en una fragmentación del objeto del contrato únicamente cuando esté justificado por motivos objetivos. Por ejemplo estaría justificada una estimación del valor de un contrato al nivel de una unidad funcional que esté separada del poder adjudicador, como es el caso de un colegio o de una guardería, siempre y cuando la unidad de que se trate sea responsable de manera independiente de su contratación. Puede suponerse que así es cuando la unidad funcional que esté separada del poder adjudicador lleve los procedimientos de contratación y tome las decisiones de compra de manera independiente, disponga de una línea presupuestaria separada para los contratos de que se trate, celebre el contrato de manera independiente y lo financie con cargo a un presupuesto del que dispone. No se justifica una fragmentación cuando el poder adjudicador se limite a organizar una licitación de manera descentralizada.”

El concepto de valor estimado en la legislación de contratos del sector público tiene precisamente como razón de ser distinta de la de precio del contrato la de servir como factor para la determinación de las normas que en materia de publicidad y de procedimiento son de obligado cumplimiento para la adjudicación al contrato. Asimismo, el artículo 99.2 del LCSP establece que 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.

Precisamente por eso, dado que el artículo 118.3 tiene por finalidad prohibir el recurso al contrato menor para eludir las obligaciones que en función del valor estimado de las prestaciones se derivan de los principios de publicidad y de concurrencia que rigen en la contratación pública, la misma interpretación teleológica que venimos haciendo en los anteriores aspectos analizados en el presente informe debe aplicarse en el presente supuesto: la referencia al “órgano de contratación” contenida en dicho artículo debe ser entendida como referida a aquellos órganos que ejercen las facultades del órgano de contratación, bien sea como titulares de la competencia o bien por delegación o por desconcentración (si no fuera así la Ley lo hubiera dicho expresamente), siempre que tengan autonomía y responsabilidad suficientes para adjudicar los contratos menores y lo hagan con cargo al presupuesto del que disponen o tienen asignado en exclusiva, siendo, por tanto, sobre quienes debe recaer la obligación de comprobar que en su unidad funcional o en la entidad de la que son responsables no se adjudican directamente a un mismo contratista contratos menores cuyo valor estimado acumulado incurra en la prohibición establecida en el artículo 118.3, tal como viene siendo interpretada en el presente informe.

(...)

Es decir, se puede considerar admisible la técnica de la delegación de competencia a los efectos de entender que existe una unidad funcional separada, de las contempladas en el artículo 101.6 de la LCSP. Pero para ello, además, deben concurrir las demás notas, es decir, que pueda considerarse separada, no en el aspecto orgánico o jerárquico, sino en lo que hace a la función que desempeña, que cuente con financiación específica y que sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación.

Según afirma la Junta del Estado, el artículo 118.3 de la LCSP debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar en el expediente de contratación de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor.

En este sentido y por aplicación del principio de prohibición de fraccionamiento, no cabría admitir que cada unidad funcional pudiera contratar de modo directo prestaciones que sean cualitativamente iguales y que deberían licitarse en función de la suma de sus valores estimados. Por ejemplo, no sería admisible que cada Dirección General, por muy unidad funcional que se entienda que es, y por muchas competencias que tenga delegadas, adjudique como contrato menor un servicio de limpieza, inferior a 15000 euros, o cualquier otro servicio o suministro que tenga un carácter de horizontalidad, porque ello contravendría los artículos 99 y 101 de la LCSP.

5. Documentación a incorporar al expediente cualquiera que sea la forma de pago

En relación con la norma anterior, la Ley 9/2017 ha supuesto un cambio importante en la regulación de la tramitación y el contenido mínimo del expediente en el supuesto de los contratos menores. En este caso, además, la ley establece con claridad cuáles son esos documentos que al menos han de constar en el expediente y ello ni precisa ni permite interpretación alguna a juicio de esta Junta.

El artículo 118.1 de la LCSP establece que *en los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.* De la redacción de este precepto se desprende, además, no sólo la literal obligatoriedad de que exista un informe del órgano de contratación justificando la necesidad de contratar, sino también la prioridad en el tiempo de dicho informe y su carácter previo a la adjudicación directa cuando este sea el procedimiento de adjudicación.

Igualmente, el artículo 118.3 de la LCSP dispone que, salvo en los supuestos previstos en el art. 168.a).2, en los que el contrato solo puede ser encomendado a una empresa determinada, *en el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla.* En consecuencia, no sólo es que la adjudicación directa de un contrato menor debe ir precedida del informe motivando la necesidad del contrato, sino que el expediente también deberá contener, en el mismo informe o en documento separado, la justificación de los extremos descritos en el citado artículo 118.3 y la constancia de que el órgano de contratación ha comprobado el cumplimiento de la limitación establecida en el mismo



precepto, todo ello, como es obvio, pudiendo hacerlo directamente o a través de las unidades dependientes o de apoyo con cuente el órgano de contratación o quien ejerza sus facultades en virtud de delegación o por desconcentración de funciones.

Respecto a la documentación que debe incorporarse al expediente, hay que señalar también que la Ley no permite un tratamiento diferente del contrato menor en función del sistema de pago del precio que se utilice, es decir, también habrán de respetarse las reglas contenidas en artículo 118 en el caso de los contratos menores cuyo pago se efectúe por el sistema de caja fija. Los apartados 1 y 3 del artículo 118 son normas de carácter básico de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas, tal como se recuerda en el número 3 de la Disposición final primera de la LCSP, y en consecuencia no parece posible que una norma reglamentaria o una norma autonómica pudieran establecer otro criterio para los contratos de muy escasa cuantía.

Por último, en lo que se refiere a esta cuestión, solo cabe añadir que tanto la documentación exigida en el apartado 1 del artículo 118 de la LCSP, como la exigida en su apartado 3, han de preceder o como mínimo ser simultáneas a la adjudicación o a cualquier encargo o actuación que pueda hacer las veces de la adjudicación o conducir a la perfección del contrato menor, porque así se desprende de la redacción del precepto y porque de no hacerlo así no se puede asegurar su cumplimiento.

CONCLUSIONES

1. El límite a la adjudicación de contratos menores con un mismo contratista establecido en el apartado 3 del artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en relación con los umbrales señalados en su apartado 1, debe entenderse referido a contratos del mismo tipo o clase, para prestaciones que no sean cualitativamente diferentes, adjudicados directamente a ese contratista por un mismo órgano de contratación y con cargo a los créditos de un mismo ejercicio presupuestario anual. En el caso de que un contrato menor así adjudicado se financie con cargo a créditos de más de un ejercicio presupuestario, en la aplicación de la regla anterior se tendrá en cuenta la cuantía correspondiente a cada anualidad de forma que el citado límite se cumpla en cada ejercicio presupuestario anual.
2. En el supuesto de delegación o desconcentración de las facultades del órgano de contratación en otros órganos directivos responsables de establecimientos o centros de gasto que constituyan unidades funcionales, en las que aquellos actúen con autonomía y responsabilidad propia como poder adjudicador, el cumplimiento de la regla anterior deberá entenderse referido, respectivamente, a los contratos financiados con cargo al presupuesto asignado o del que disponga la correspondiente unidad funcional y sean adjudicados por los respectivos órganos que ejerzan las facultades del órgano de contratación. Ello sin perjuicio de la prohibición de fraccionamiento del objeto del contrato, especialmente cuando se trate de servicios o suministros comunes de carácter horizontal para unidades funcionales que comparten un mismo establecimiento o centro de trabajo.
3. Si un contrato menor se adjudica directamente al amparo de lo establecido en el artículo 131.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, su tramitación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley requiere, en todo caso e independientemente del sistema de pago utilizado, que previa o simultáneamente a la adjudicación o perfección del contrato se incorpore al expediente el informe

del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato, así como la justificación de que se dan las condiciones a las que se refiere el apartado 3 del artículo 118.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 9 del Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y tendrá carácter no vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA

Vº Bº LA PRESIDENTA
SUBSECRETARIA DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 15 de junio de 2018