

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

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

INFORME 4/2018, DE 15 DE JUNY 2018 . DIVERSES QÜESTIONS D'INTERPRETACIÓ DE L'Art. 118 DE LA LLEI 9/2017, DE 8 DE NOVEMBRE, DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC EN RELACIÓ AMB LA CONTRACTACIÓ MENOR.

ANTECEDENTS

En data 24 d'abril de 2018, ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe del Ajuntament de Xirivella, mitjançant el qual formula consulta del següent tenor literal:

“ASSUMPTE: CONSULTA FORMULADA SOBRE LA REGULACIÓ DE L'EXPEDIENT DE CONTRACTES MENORS EN LA LLEI 9/2017, DE 8 DE NOVEMBRE, DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC, PER LA QUAL ES TRASLLADEN A L'ORDENAMENT JURÍDIC ESPANYOL LES DIRECTIVES DEL PARLAMENT EUROPEU I DEL CONSELL 2014/23/UE I 2014/24/UE, DE 26 DE FEBRER DE 2014.

Sobre la base del que es disposa en l'art. 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació de la Generalitat Valenciana, se sol·licita, com a millor procedisca en Dret, l'emissió d'informe en relació al següent:

Amb motiu de l'entrada en vigor de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic, per la qual es traslladen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, d'ara endavant, LCSP 2017, el pròxim 09 de març de 2.018, en aquesta Administració s'estan suscitant una sèrie de dubtes sobre el règim del contracte menor, tal com està plantejat en la nova norma.

Així, el tenor literal de l'article 118 de la LCSP 2017 regula l'expedient del contracte menor en els següents termes:

“1. Es consideren contractes menors els contractes de valor estimat inferior a 40.000 euros, quan es tracte de contractes d'obres, o a 15.000 euros, quan es tracte de contractes de subministrament o de serveis, sense perjudici del que es disposa en l'article 229 en relació amb les obres, serveis i subministraments centralitzats en l'àmbit estatal.

En els contractes menors la tramitació de l'expedient exigirà l'informe de l'òrgan de contractació motivant la necessitat del contracte. Així mateix es requerirà l'aprovació de la despesa i la incorporació al mateix de la factura corresponent, que haurà de reunir els requisits que les normes de desenvolupament d'aquesta Llei establisquen.

2. En el contracte menor d'obres, haurà d'afegir-se, a més, el pressupost de les obres, sense perjudici que haja d'existir el corresponent projecte quan normes específiques així ho requerisquen. Deurà igualment sol·licitar-se l'informe de les oficines o unitats de supervisió al fet que es refereix l'article 235 quan el treball afecte l'estabilitat, seguretat o estanquitat de l'obra.

3. En l'expedient es justificarà que no s'està alterant l'objecte del contracte per a evitar l'aplicació de les regles generals de contractació, i que el contractista no ha subscrit més contractes menors que individual o conjuntament superen la xifra que consta en l'apartat primer d'aquest article. L'òrgan de contractació comprovarà el compliment d'aquesta regla. Queden exclosos els supòsits enquadrats en l'article 168.a).2.º

4. Els contractes menors es publicaran en la forma prevista en l'article 63.4."

Com pot apreciar-se, la regulació del que és l'expedient del contracte menor canvia substancialment, ja que l'art. 111 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, d'ara endavant, TRLCSP, assenyalava en el seu apartat primer que "En els contractes menors definits en l'article 138.3, la tramitació de l'expedient només exigirà l'aprovació de la despesa i la incorporació al mateix de la factura corresponent, que haurà de reunir els requisits que les normes de desenvolupament d'aquesta Llei establisquen."

En aqueix sentit, si bé l'art. 22 del TRLCSP ja exigia la motivació de la necessitat del contracte, aquesta previsió fallava en la tramitació taxada del contracte menor, en la qual l'art. 111 del TRLCSP assenyalava clarament quins tràmits preceptius havien de respectar-se per a adjudicar un contracte menor.

Així mateix, l'art. 72.4 del Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques preveia que "Podran celebrar-se diversos contractes menors que s'identifiquen per aquest tipus de prestacions quan estiguen referits a una despesa de caràcter genèric aprovat, que en cap cas podrà superar, respecte de cada tipus de contracte, els imports fijados en els articles 121, 176 i 201 de la Llei. En tal suposat, l'import conjunt d'aquests no podrà superar la despesa autoritzada."

Per tant, hem passat d'una tramitació en la qual la factura feia les vegades del contracte menor com a tal, a l'efecte d'entendre tramitat l'expedient administratiu (sense que això signifiqui que s'estava realitzant una contractació verbal), a una tramitació en la nova LCSP en la qual es preveu expressament que la tramitació del contracte menor exigeix l'informe de necessitat per part de l'òrgan de contractació, mes l'aprovació de la despesa i la incorporació al mateix de la factura corresponent.

Aquesta tramitació sembla implicar, doncs, que ja no cap la tramitació mitjançant aprovació de factura, a manera ADO, per a adjudicar contractes menors, llevat que en aquest acte administratiu d'aprovació de la factura, al seu torn, s'emeten els informes de necessitat als quals es refereix l'art. 118 LCSP 2017.

En un altre ordre, a l'hora d'analitzar si es produeix o no un fraccionament de l'objecte del contracte, l'art. 118 LCSP 2017 no estableix període de referència, com tampoc ho fa la resta de l'articulat.



Així, és cert que la Llei Foral 6/2006, de 9 de juny, de contractes públics, preveu en el seu art. 73.6 que "Cap empresa o professional podran ser adjudicatari dins d'aquesta administració contractant i durant un mateix exercici pressupostari d'un nombre de contractes adjudicats mitjançant factura o factura amb reserva de crèdit la quantia acumulada del qual siga superior a 80.000 euros, IVA exclòs, en obres, i 30.000 euros, IVA exclòs, en la resta de contractes.", redacció que podria prendre's com a punt de referència, a manera d'analogia, però res diu la norma estatal aplicable per raó de la matèria sobre aquest tema.

Per part seua, l'art. 62.1 de la LCSP 2017 ara preveu, amb caràcter obligatori, sense distingir tipus contractuals ni procediments, que ha de designar-se un responsable de cada contracte.

Aquesta regulació suposarà seriosos problemes en l'aplicació pràctica del citat règim jurídic, pel que es plantegen els següents dubtes, respecte de les quals agrairíem que ens oferiren resposta:

1.- En aquells supòsits en els quals s'ha presentat per Registre d'Entrada de l'Ajuntament una factura relativa a una prestació pròpia de ser incardinada en un contracte menor, ha d'incorporar necessàriament informe de l'òrgan de contractació motivant la necessitat del contracte? Han de designar-se obligatòriament responsables del contracte per a cada contracte menor? Com es conjuga la presentació d'una factura amb l'obligació de designar obligatòriament un responsable del contracte en els contractes menors?

Amb el tenor literal de l'art. 118.1 de la LCSP 2017, ja no cap la tramitació mitjançant aprovació de factura, a manera ADO, per a adjudicar contractes menors? O en la resolució que approve l'ADO haurà d'incloure's, al seu torn, una referència als informes de l'òrgan de contractació?

2.- A l'hora d'apreciar que no s'està produint un fraccionament de l'objecte del contracte, segons el tenor literal de l'apartat tercer de l'art. 118 de la LCSP 2017:

2.1.- Quin període ha d'entendre's com a referència per a apreciar que el contractista no ha subscrit mes contractes menors que individual o conjuntament superen la xifra que consta en l'apartat primer de l'art. 118 de la LCSP 2017? Un any natural (que pot abastar dos exercicis pressupostaris)? Un exercici pressupostari? Algun altre període (dos anys, dos exercicis, tres anys, etc) ?

2.2.- El matís de l'art. 118.3 de la LCSP 2017 que assenyalava "(...) que el contractista no ha subscrit mes contractes menors que individual o conjuntament superen la xifra que consta en l'apartat primer d'aquest article", Ha d'entendre's referit a qualsevol qualificació de contracte, això és, que un contractista haja sigut adjudicatari de contractes d'obres, serveis i/o subministraments, o aquesta limitació opera respecte a cada tipus contractual? O a cada objecte contractual?

2.3.- La limitació abans referida recollida en l'art. 118.3 LCSP 2017 s'entén respecte a aqueix òrgan de contractació (Alcalde respecte als seus contractes, regidoria delegada respecte als seus, Junta de Govern Local respecte als seus i Ple respecte als seus) o respecte a l'Administració contractant (Ajuntament en conjunt)?

Agrairíem resposta a les qüestions formulades i a les quals puguen suscitar-se del tenor de la consulta formulada, emetent informe, amb caràcter d'urgència, donada la pròxima entrada en vigor de la citada norma, i en honor d'unificar criteris per a tots els Ajuntaments de l'àmbit territorial de la

Comunitat Valenciana, de conformitat amb el que es preveu en l'art. 15.2 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació de la Generalitat Valenciana.”

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

1. Incoherència i inadequació d'una interpretació literal de l'article 118.3 de la Llei.

La regulació dels contractes menors en la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic, per la qual es traslladen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, (en endavant LCSP), ha suposat un canvi radical de la regulació anterior que no solament no resol les imprecisions que aquesta contenia en la norma a la qual aquesta Llei ha substituït --o els problemes que la seua aplicació generava-- sinó que afig bastants més. Una prova d'això és la multiplicitat d'informes emesos pels òrgans consultius de l'Estat i de diverses comunitats autònomes, alguns d'ells dispars entre si, tractant d'interpretar l'article 118 de la LCSP i d'omplir els buits deixats per aquest.

De la lectura del precepte anterior i de tots els informes interpretatius emesos fins al moment sobre la nova regulació dels contractes menors només pot extraure's una conclusió prèvia comuna: que una interpretació literal de la regla continguda en l'apartat 3 de l'article 118 de la LCSP equivaldria pràcticament a la impossibilitat d'utilitzar aqueixa figura contractual, excepte excepcionalment, doncs si es considera la circumstància que el legislador no ha volgut establir límits temporals, objectius i subjektius o territorials de cap tipus a la restricció imposada per a poder adjudicar a un contractista un contracte menor, una interpretació literal de la norma ens portaria a la conclusió que una vegada que una empresa siga --o haja sigut-- adjudicatària d'algún contracte menor de qualsevol administració pública espanyola, mai més podrà ser adjudicatària d'un altre si en ser-ho supera l'import establert com a límit en l'article 118.1 de la LCSP. I com, per una altra part, és impossible o molt difícil que un òrgan de contractació concret pugui complir l'obligació que estableix el 118.3 de “comprovar” el compliment d'aquesta limitació, caldria concloure igualment que no és possible utilitzar la figura del contracte menor amb la suficient seguretat jurídica de no estar vulnerant la llei.

L'anterior consideració és necessària per a advertir, en primer lloc, que el present informe no farà sinó aportar una interpretació més, en gran part coincident amb les quals ja han efectuat altres òrgans consultius, dirigida a facilitar als òrgans de contractació l'aplicació de les normes citades d'una forma compatible i coherent amb les restants normes de la pròpia LCSP i amb la finalitat perseguida pel legislador, partint de que el compliment de tals normes ha de ser, a més, viable.

2. Documentació necessària per a la tramitació de l'expedient del contracte menor.

Entrant en la primera de les qüestions plantejades en la consulta formulada per l'Ajuntament de Xirivella, ha d'assenyalar-se que la tramitació dels contractes menors és una de les regulacions que han canviat amb l'entrada en vigor de la LCSP i que, efectivament, per a això ja no basta la factura i l'aprovació de la despesa o, quan es tracte d'obres, aquestes a més de la memòria valorada de les obres. En aquest aspecte no caben interpretacions perquè en la llei no hi ha llacunes ni omissions que ho justifiquen i els apartats 1 i 3 de l'article 118 tenen caràcter bàsic i, per tant, ha de donar-se estrictament compliment a allò en ells disposat: a més de l'aprovació de la despesa i la factura, és necessari l'informe de l'òrgan de contractació motivant la necessitat del contracte i ha de justificar-se



en l'expedient que no s'està alterant l'objecte del contracte per a evitar els principis de la contractació pública, així com la circumstància que el contractista no es troba en el supòsit previst en l'article 118.3, si bé aquesta última haurà d'apreciar-se de forma raonable, transparent i conforme a aquests principis, com s'exposarà en el present informe en analitzar les següents qüestions.

3. Període temporal al que ha d'entendre's referida la incompatibilitat prevista en l'article 118.3 de la LCSP.

La segona qüestió plantejada és la referida al període que ha de prendre's com a referència per a considerar que el contractista al que es pretén adjudicar un contracte menor no ha subscrit altres contractes menors que individual o conjuntament superen l'import establert en l'article 118.1, segons es tracte de contractes d'obres, de subministraments o de serveis. En aquest cas, aquesta Junta, igual que tots els òrgans consultius que s'han pronunciat fins al moment, entén que a falta del que, si es dona el cas, establisquen futures normes reglamentàries dictades en desenvolupament de la Llei, tal restricció ha de tindre's per imposada dins d'un àmbit tant temporal, com a subjectiu o orgànic i objectiu o funcional, atés que no tindria eficàcia alguna si es pretenguera il·limitada en qualsevol d'aquests aspectes.

Pel que es refereix a l'àmbit temporal de la prohibició que un mateix contractista pugui resultar adjudicatari de contractes menors l'import acumulat dels quals supere l'import dels límits establerts en l'article 118.1 de la LCSP, aquesta Junta comparteix el criteri general dels òrgans consultius que s'han pronunciat sobre aquesta qüestió i que pren com a referència el període anual. No obstant això, dins d'aquest criteri general, caben almenys dues interpretacions possibles: que aquest període vinga referit a l'any natural anterior a l'adjudicació de cada contracte menor o que vinga referit a l'exercici pressupostari en què s'adjudica cada contracte menor. Els òrgans consultius que s'han pronunciat sobre aquesta qüestió ho han fet de forma diferent i ambdues opcions han tingut la seua acceptació, la qual cosa ha de tindre's en compte encara que no és objecte del present informe objectar o recolzar els criteris o raons que en cada cas s'han argumentat, sinó tractar de dilucidar quina d'elles és més adequada als interessos generals o públics afectats tenint en compte que ambdues interpretacions són igual de congruents amb el que es disposa en la norma legal.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó, en el seu Informe 3/2018, de 13 de febrer, va concloure que *la incompatibilitat per a l'adjudicació de nous contractes menors quan se superen les quanties establides en l'art. 118.1 subsistirà durant l'exercici o anualitat pressupostària amb càrrec al qual s'imputen els crèdits que van finançar l'execució dels contractes menors adjudicats amb anterioritat.*

En canvi, la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat, en el seu Informe 5/2018, conclou que *la aplicació de l'article 118 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic suposa que la limitació en ell descrita, (...) deu així mateix valorar-se tenint en compte els contractes menors realitzats conforme a la normativa precedent en el termini de l'any immediatament anterior a l'aprovació de la despesa del nou contracte que ja està subjecte a la llei de 2017, sense que això supose l'aplicació retroactiva de la nova llei als contractes anteriors.* Anteriorment, en el seu Informe 41/2017 ja havia assenyalat que al seu judici *tal límit temporal deu ser el que la pròpia llei marca en l'article 29 respecte de la durada dels contractes menors. D'aquesta manera, per damunt d'aquest període d'un any, la prevenció que s'estableix en la norma resultaria inaplicable llevat dels supòsits en què, malgrat el temps transcorregut, existira un autèntic frau. Sota aquest criteri, per tant, si la*

separació entre els contractes menors excedeix d'un any, una vegada que s'haja fet constar en l'expedient el transcurs d'aquest període de temps, no serà necessari procedir a una major justificació en l'expedient de contractació del segon contracte menor. Finalment, cal assenyalar que aquest termini ha d'explicar-se des del moment de l'aprovació de la despesa al fet que s'al·ludeix en aquest article 118. Una altra opció, com el còmput per any natural no tindria molt sentit per als contractes executats al final del mateix i es tractaria d'una opció convencional i menys segura jurídicament.

Por la seua part, la Junta de Contractació Administrativa de la Comunitat de Madrid, en el seu Informe 1/2018, d'11 d'abril, considera que *en quant al còmput del període anual el més eficaç, així com susceptible de comprovació, és prendre com a referència l'exercici pressupostari i conclou en conseqüència que el període temporal a que es refereix la prohibició de no superar les quanties del contracte menor amb un mateix empresari ha d'entendre's referit a l'annualitat o exercici pressupostari corresponent.*

En un sentit anàleg, l'Informe 1/2018, de 20 d'abril, de la Junta Consultiva de la Generalitat de Catalunya conclou 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 els entitats del sector públic han d'efectuar la programació de la seva contractació.*

Finalment, la Junta Consultiva de la Comunitat de Galícia, en el seu Informe 1/2018, de 25 d'abril de 2018, sobre interpretació de l'apartat 3 de l'art. 118 de la Llei 9/2017 de 8 de novembre de Contractes del Sector Públic, destaca que si s'acudeix a les regles de càlcul de valor estimat per a fonamentar un criteri sobre aquesta qüestió, *l'article 101.10 de la LCSP, relatiu al càlcul del valor estimat, permet optar per al càlcul del valor estimat entre dues magnituds, bàsicament, el valor real total dels contractes successius similars adjudicats durant l'exercici precedent o durant els dotze mesos previs; o el valor estimat total dels contractes successius adjudicats durant els dotze mesos següents al primer lliurament. Com indica l'article 101.4, “l'elecció del mètode per a calcular el valor estimat no podrà efectuar-se amb la intenció de sostroure el contracte a l'aplicació de les normes d'adjudicació que corresponguen”. I davant aquesta opció, l'òrgan consultiu de la Comunitat de Galícia conclou que, amb caràcter general, sembla adequat que el període temporal que ha de tindre en compte l'Administració i les entitats del sector públic siga l'exercici pressupostari.*

En el transcurs del període anual d'un exercici pressupostari ambdues interpretacions condueixen al mateix resultat: en tots dos casos, sense licitació pública, cap empresa podrà ser adjudicatària durant aquest període de contractes menors que individual o acumuladament superen el llindar establert com a límit en l'art. 118.1 de la LCSP. No obstant això, l'exigència addicional que en el moment de contractar es computen els contractes menors tinguts amb el contractista des d'un any abans a l'aprovació d'una nova contractació menor per a determinar el compliment d'aqueixa limitació, afig una restricció addicional que en res millora el compliment dels principis de la contractació pública que es tracten de protegir i, en canvi, dificulta la seua comprovació i pot crear inconvenients i perjudicis a l'interés públic en limitar la possibilitat d'utilitzar el contracte menor en funció de les necessitats reals apreciades per l'òrgan de contractació. Tinga's en compte que els contractes menors es defineixen objectivament per la quantia i, malgrat la seua menor importància, l'òrgan de



contractació pot promoure una concurrència adequada i proporcionada a aquesta circumstància i adjudicar-ho prèvia consulta a diverses empreses abans de seleccionar l'adjudicatària. D'aqueixa manera, un òrgan de contractació pot haver efectuat una contractació menor amb un contractista en el segon semestre d'un exercici pressupostari i, abans que transcorregui un any natural, precisar tornar a contractar un altre contracte menor en l'exercici següent per al qual aquest contractista pot estar capacitat i formular la millor oferta en ser consultat.

En conseqüència, respecte al període que ha de prendre's com a referència per a apreciar el compliment de la limitació establida en l'apartat 1 de l'article 118 de la LCSP, en relació amb el seu apartat 1, aquesta Junta entén que pot i deu considerar-se més adequat i convenient a l'interès general el període corresponent a cada exercici pressupostari per a computar els contractes menors adjudicats a un determinat contractista, atés que aquest criteri s'adapta millor a la diversitat de situacions que poden donar-se en la gestió quotidiana i, a més, facilita la seua comprovació pels òrgans encarregats de la fiscalització dels comptes públics, rendides i comptabilitzades sempre per exercicis pressupostaris.

4. Classe i objecte del contracte sobre el qual recau la limitació de l'article 118.3 de la LCSP

Menys polèmica ha suscitat la tercera qüestió plantejada en la consulta formulada per l'Ajuntament de Xirivella, relativa a si la limitació d'adjudicar directament contractes menors a un mateix contractista ha d'entendre's formulada globalment independentment del seu objecte, o ben referida a cada tipus de contractes o referida a contractes l'objecte dels quals siga coincident, similar, complementari o anàleg.

Respecte a aquesta qüestió, aquesta Junta i tots els òrgans consultius que s'han pronunciat sobre ella coincideixen que l'article 118.3 de la LCSP ha d'interpretar-se atenent a tot el seu contingut i en el seu context. La finalitat d'aquesta norma és, com el propi precepte assenyala, evitar que s'altere l'objecte del contracte per eludir les regles generals de contractació, que no són unes altres que les normes que assegurin els principis de publicitat i transparència dels procediments de contractació, no discriminació i igualtat de tracte entre els licitadors, llibertat d'accés a la contractació pública i eficiència en la utilització dels fons públics destinats a realització d'obres o a l'adquisició de béns i serveis.

Per tipus de contracte, a aquesta Junta no li cap el menor dubte que els límits establits en l'article 118.3, en relació amb els límits de l'article 118.1, han d'entendre's establits per a cadascun dels tipus de contracte ja que no tindria sentit entendre-ho d'una altra forma. Pot haver-hi algun dubte en el cas de contractes mixtos d'obres i serveis o d'obres i subministraments però en aqueix cas n'hi ha prou amb aplicar els criteris establits en l'article 18 de la LCSP. No obstant això, la qüestió essencial no és aquesta, sinó que el precepte ha d'entendre's com una prohibició d'adjudicar directament a un mateix contractista, sense licitació pública, prestacions fragmentades o successives quan dites prestacions constitueixen una unitat que podrien ser objecte de licitació pública o podrien constituir-la si s'aplicaren criteris d'eficiència i transparència.

En relació amb aquesta qüestió dels requisits establits en l'article 118.3 de la LCSP, la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat, en el ja citat Informe 41/2017, es pronunciava en els termes següents:

(...) és menester acudir a altres criteris d'interpretació dels continguts en l'article 3.1 del Codi Civil i, entre ells, en aquest cas en particular a l'esperit i finalitat que la norma descrita persegueix en el seu conjunt. Sota aquesta premissa sembla clar que la interpretació separada dels dos requisits que cita el precepte condueix a l'absurd, tal com hem exposat, de manera que procediria considerar ambdues condicions com acumulatives i connectades amb una fi última coincident. Com hem vist, tal fi és precisament la proscripció de la divisió arbitrària del contracte amb la finalitat de defraudar els l·lindars establits per al contracte menor, la qual cosa resulta plenament congruent amb el contingut de la segona condició que venim tractant en la mesura en què la forma habitual de frau consisteix, en aquest cas, en la realització successiva de contractes menors amb aquest objecte exactament, això és, referint-se a un contracte que va deure ser tractat com una unitat tant en l'aspecte econòmic com en l'aspecte jurídic.

Aquesta interpretació permet aconseguir amb facilitat la finalitat perseguida per la norma, però impedeix que un excessiu rigorisme en la seua interpretació conduísca a resultats tals com la impossibilitat d'executar successius contractes menors per part d'un operador econòmic en diversos supòsits:

- quan els seus objectes siguen qualitativament diferents o

- quan, sent les prestacions que constitueixen el seu objecte equivalents, no hi haja dubte alguna que no constitueixen una unitat d'execució en l'econòmic i en el jurídic.

També cap, mitjançant aquesta interpretació, limitar la possibilitat de frau quan qualitativament les prestacions que constitueixen els objectes dels diferents contractes menors puguen semblar separades substantivament entre si, però es puga comprovar que constitueixen una unitat en el seu conjunt. Aquesta circumstància pot ocórrer, per exemple, en el cas que es contracten separadament prestacions corresponents a la construcció o fabricació d'un mateix bé de manera que, d'haver-se considerat una unitat, hauria hagut de licitar-se un únic contracte subjecte en unes condicions de concurrència i publicitat més estrictes.

És evident, segons el parer d'aquest òrgan consultiu, que quan el legislador al·ludeix a la no existència d'un contracte menor anterior amb aquesta entitat contractista que, individual o conjuntament supere els l·lindars, la finalitat de la norma és proscriure la possibilitat que es puga burlar el límit quantitatiu del contracte menor mitjançant una actitud opaca que caracteritze els successius contractes com a independents entre si, ocultant el coneixement de la vertadera unitat existent entre tots ells. Per això, l'esment contingut en la llei a aquesta segona condició no es converteix en baladí o innecessària de cap manera. Per contra, crida l'atenció de l'exégeta sobre la necessitat que l'òrgan de contractació (en el sentit que marca la llei en l'article 101.6) evite la realització d'aquesta conducta mitjançant la celebració successiva de contractes menors l'objecte dels quals haja de considerar-se com una unitat.

Qui exercisca les funcions de l'òrgan de contractació ha de tindre en compte la seua obligació, establida actualment en l'article 28.4 de la LCSP, de programar l'activitat de contractació pública que desenvoluparà en cada exercici pressupostari, i fins i tot en períodes plurianuals, així com de donar a conèixer el seu pla de contractació anticipadament mitjançant un anunci d'informació prèvia que reculli almenys els contractes subjectes a regulació harmonitzada. En conseqüència, si aquesta programació es duu a terme, no cap motiu algun que justifique l'adjudicació directa a un mateix



contractista de contractes menors simultanis o successius amb objecte idèntic, similar o complementari, si hi hagueren pogut ser sotmesos a licitació pública d'actuar-se amb la deguda diligència i eficiència.

Per tant, la limitació establida en l'article 118.3 ha d'entendre's, quant a l'objecte del contracte menor, com una prohibició d'adjudicar directament a un mateix contractista contractes menors del mateix tipus que superen el llindar establert en el 118.1 i per a prestacions fragmentades o successives que haurien de tractar-se com una unitat i podrien haver-se licitat conjuntament i adjudicat mitjançant un procediment de contractació pública. I a *contrari sensu*, com assenyala la JCCSP de l'Estat en el seu Informe 42/2017, *la llei no contempla una limitació a la celebració de contractes menors amb un mateix operador econòmic quan les prestacions objecte d'aquests siguin qualitativament diferents i no formen una unitat*.

5. Àmbit orgànic o subjectiu en el qual ha de complir-se la limitació de l'article 118.3 de la LCSP

L'última qüestió plantejada en la consulta és la relativa a com ha d'interpretar-se la referència a l'òrgan de contractació en l'article 118.3 i, en funció d'això, quin és l'abast de la limitació pròpiament aquesta que aquest article estableix en relació amb el 118.1.

La LCSP no fa distincions entre els òrgans que tenen atribuïda la competència com a titulars de l'òrgan de contractació i els que l'exerceixen per delegació o desconcentració. Tampoc la fan les Directives europees però en aquest cas les normes europees opten en general per referir-se als poders adjudicadors. No obstant això, en el cas que ens ocupa, l'apartat 118.1 de la LCSP en establir els llindars que delimiten el contracte menor i que, per remissió del 118.3, es converteixen en els límits per a l'adjudicació de contractes menors a un mateix contractista, ho fa en funció del *valor estimat dels contractes*. És a dir, cal interpretar que la limitació del 118.3 ve referida al valor estimat dels contractes adjudicats a aqueix contractista per un mateix òrgan de contractació, entès com el que efectivament exerceix la facultat d'adjudicar el contracte.

Esti criteri es troba d'acord amb el que es disposa en l'article 101 de la LCSP on, a més de prohibir en el seu apartat 2 que l'elecció del mètode per a calcular el valor estimat s'efectue per a sostroure el contracte a l'aplicació de les normes que corresponguen, es disposa en el seu apartat 6 el següent:

Quan un òrgan de contractació estiga compost per unitats funcionals separades, es tindrà en compte el valor total estimat per a totes les unitats funcionals individuals.

No obstant l'anterior, quan una unitat funcional separada siga responsable de manera autònoma respecte de la seua contractació o de determinades categories d'ella, els valors poden estimar-se al nivell de la unitat que es tracte.

En tot cas, s'entendrà que es dóna la circumstància al·ludida en el paràgraf anterior quan dita unitat funcional separada compte amb finançament específic i amb competències respecte a l'adjudicació del contracte.

Els dos primers paràgrafs del precepte anterior es troben amb idèntica redacció en l'article 5.2 de la Directiva 2014/24/UE, si bé en la norma europea es refereix al poder adjudicador en lloc de l'òrgan de contractació. El considerant 20 d'aquesta Directiva il·lustra aquesta qüestió de la següent forma: *A l'efecte d'estimar el valor d'un contracte concret cal aclarir que ha de permetre's basar l'estimació d'aquest valor en una fragmentació de l'objecte del contracte únicament quan estiga justificat per*

motius objectius. Per exemple estaria justificada una estimació del valor d'un contracte al nivell d'una unitat funcional que estiga separada del poder adjudicador, com és el cas d'un col·legi o d'una guarderia, sempre que la unitat que es tracte siga responsable de manera independent de la seua contractació. Pot suposar-se que així és quan la unitat funcional que estiga separada del poder adjudicador porte els procediments de contractació i prenga les decisions de compra de manera independent, dispose d'una línia pressupostària separada per als contractes que es tracte, celebre el contracte de manera independent i ho finance amb càrrec a un pressupost del que disposa. No es justifica una fragmentació quan el poder adjudicador es limite a organitzar una licitació de manera descentralitzada.

El concepte de valor estimat en la legislació de contractes del sector públic té precisament com a raó de ser diferent de la de preu del contracte la de servir com a factor per a la determinació de les normes que en matèria de publicitat i de procediment són d'obligat compliment per a l'adjudicació al contracte. Així mateix, l'article 99.2 del LCSP estableix que no podrà fraccionar-se un contracte amb la finalitat de disminuir la quantia del mateix i eludir així els requisits de publicitat o els relatius al procediment d'adjudicació que corresponguen.

Precisament per això, atés que l'article 118.3 té per finalitat prohibir el recurs al contracte menor per a eludir les obligacions que en funció del valor estimat de les prestacions es deriven dels principis de publicitat i de concurrència que regeixen en la contractació pública, aquesta interpretació teleològica que venim fent en els anteriors aspectes analitzats en el present informe ha d'aplicar-se en el present suposat: la referència a "l'òrgan de contractació" continguda en aquest article deu ser entesa com referida a aquells òrgans que exerceixen les facultats de l'òrgan de contractació, bé siga com a titulars de la competència o bé per delegació o per desconcentració (si no fóra així la Llei ho haguera dit expressament), sempre que tinguen autonomia i responsabilitat suficients per a adjudicar els contractes menors i ho facen amb càrrec al pressupost del que disposen o tenen assignat en exclusiva, sent, per tant, sobre els qui ha de recaure l'obligació de comprovar que en la seua unitat funcional o en l'entitat de la qual són responsables no s'adjudiquen directament a un mateix contractista contractes menors el valor estimat acumulat dels quals incórrega en la prohibició establida en l'article 118.3, tal com és interpretada en el present informe.

En el cas de la corporació local que formula la consulta no tots els supòsits tenen aquesta consideració. A tenor del que es disposa en la disposició addicional segona de la LCSP no sembla probable que el Ple exercisca competències com a òrgan de contractació en contractes menors. La qüestió pot plantejar-se quan l'alcalde delegue la competència com a òrgan de contractació en altres membres de la corporació, per a contractes administratius del propi Ajuntament i atorgant-los a aquests facultats per a adjudicar directament contractes menors. En aqueix cas, ha de tindre's en compte si aquests òrgans actuen amb l'autonomia i responsabilitat suficients per disposar d'un pressupost assignat a la unitat funcional que dirigeixen i poden tramitar contractes menors de forma separada i independent. En cas contrari, els contractes menors adjudicats per delegació han de considerar-se conjuntament amb els adjudicats pel titular de la competència a l'efecte del compliment del que es disposa en l'article 118.3 de la LCSP.

És a dir, es pot considerar admissible la tècnica de la delegació de competència a l'efecte d'entendre que existeix una unitat funcional separada de les contemplades en l'article 101.6 de la LCSP. Però per a això, a més, han de concórrer les altres notes, és a dir, que pugua considerar-se separada, no en l'aspecte orgànic o jeràrquic, sinó en el que fa a la funció que exerceix, que compte amb finançament



específic i que siga responsable de manera autònoma respecte de la seua contractació.

Segons afirma la Junta de l'Estat, *l'article 118.3 de la LCSP deu ser objecte d'una interpretació teleològica que permet considerar que la finalitat del precepte és justificar en l'expedient de contractació dels contractes menors que no s'ha alterat indegudament l'objecte del contracte amb la finalitat de defraudar els llindars previstos per al contracte menor.*

6. Aplicació de l'article 118.3 en funció del procediment d'adjudicació del contracte

Hi ha almenys una qüestió addicional fonamental que no ha sigut plantejada en la consulta formulada per l'Ajuntament, que es deriva de les interpretacions exposades en el present informe i sobre la qual alguns dels òrgans consultius ja s'han manifestat en major o menor mesura: l'article 118.3 no ha d'interpretar-se com una limitació dels contractes menors adjudicats a un mateix contractista pel fet de ser menors, sinó com una limitació dels contractes menors adjudicats directament a un contractista o sense que medie un qualsevol dels altres procediments de contractació previstos en la LCSP que sí que es duen a terme en règim de concurrència i sotmés a principis de publicitat, igualtat de tracte i no discriminació dels possibles licitadors o candidats. És a dir, la limitació o incompatibilitat del contractista no es produeix per la circumstància de tractar-se de contractes menors que conjunta o individualment arriben al llindar de l'art. 118.1, sinó per adjudicar-se aquests de forma directa o en condicions de publicitat i concurrència insuficients que no s'ajusten als procediments previstos en la llei.

Como bé assenyala la Junta Consultiva d'Aragó en el ja citat Informe 3/2018, *la incompatibilitat continguda en l'art. 118.3 LCSP part de la consideració de la contractació menor com un procediment contractual que permet l'adjudicació directa. No obstant això no bastarà amb qualsevol publicitat o promoció de la concurrència –en si recomanables amb caràcter general- per a sortejar els límits establits per als contractes menors. La previsió legal d'un procediment abreujat obert sumari es va fer expressament per a canalitzar contractes que en molts casos poden tramitar-se per l'un o l'altre procediment, com a alternativa al contracte menor. En conseqüència, és l'aplicació d'un procediment que complisca amb els requeriments establits pel legislador per al procediment obert abreujat sumari, o un altre amb majors garanties de publicitat i concurrència, la qual cosa evitarà l'aplicació dels límits cumulatiu de l'art. 118.*

Per tant, l'òrgan de contractació ha de tindre en compte que la LCSP té actualment alternatives eficaces per a adjudicar contractes que per la seua quantia són menors, però en els quals res impedeix que la seua adjudicació es duga a terme mitjançant un procediment obert i, en particular, mitjançant el procediment obert simplificat previst en l'article 159.6, susceptible de tramitació especialment sumaria i aplicable per contractes d'obres de valor estimat inferior a 80.000€ o de subministraments o serveis de valor estimat inferior a 35.000€. Així mateix, res impedeix el fet que els contractes menors es liciten en la plataforma de contractació del sector públic com a tals, doncs aquest instrument està preparat per a això, promovent així els principis de transparència, igualtat d'accés als contractes i lliure concurrència.

Especial esment ha de fer-se en el cas de subministraments comuns o serveis generals de tracte successiu i previsible, en els quals l'obligació de planificació de la contractació i la certesa de la seua repetició exercici rere exercici exigeix que els òrgans de contractació eviten sense més excuses ni dilació, doncs manca de justificació, el recurs a l'adjudicació directa i l'omissió del compliment del

principi de concurrència, llibertat d'accés a les licitacions, transparència i no discriminació i igualtat de tracte dels candidats potencials.

CONCLUSIONS

1. De conformitat amb el que es disposa en l'article 118, números 1 i 3, de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic, per a la tramitació d'un contracte menor adjudicat directament, a més de l'aprovació de la despesa i la factura, és necessari en tot cas l'informe de l'òrgan de contractació motivant la necessitat del contracte i ha de justificar-se en l'expedient que no s'està alterant l'objecte del contracte per a evitar els principis de la contractació pública, així com que s'ha comprovat la circumstància que, amb l'adjudicació d'aquest contracte menor, el contractista no s'encontrarà en la situació d'incompatibilitat prevista en l'article 118.3 de la Llei.
2. El límit a l'adjudicació de contractes menors a un mateix contractista, establert en l'apartat 3 de l'article 118 de la Llei de Contractes del Sector Públic, en relació amb els límits assenyalats en el seu apartat 1, ha d'entendre's referit a contractes del mateix tipus o classe, per a prestacions que no siguin qualitativament diferents, adjudicats directament i amb càrrec als crèdits d'un mateix exercici pressupostari anual. En el cas que un contracte menor es finance amb càrrec a crèdits de més d'un exercici pressupostari, haurà de tindre's en compte la quantia corresponent a cada anualitat de manera que el citat límit es complisca en cada exercici pressupostari anual.
3. En el supòsit de delegació de les facultats de l'Alcalde o de la Junta de Govern Local com a òrgan de contractació en altres membres o òrgans de la Corporació local, la limitació establida en l'article 118.3 de la Llei de Contractes del Sector Públic podrà entendre's referida als contractes adjudicats per cada òrgan que exercisca les facultats de contractació, quan aquests últims exercisquen tals funcions amb autonomia funcional i responsabilitat i aquests contractes es financen amb càrrec a un pressupost que tinguen assignat o del que disposen en exclusiva, tot això sense perjudici de la prohibició de fraccionament de l'objecte dels contractes.

El present Informe s'emet a l'empara del que es disposa en els articles 2.1 i 9 del Decret 35/2018, de 23 de març del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i tindrà caràcter no vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en aquest últim cas.

LA SECRETÀRIA

Vist i plau LA PRESIDENTA
SOTSSECRETÀRIA D'HISENDA I MODEL ECONÒMIC

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
en data 15 de juny de 2018

