

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 5/2018

INFORME 5/2018 DE 15 DE JUNY 2018 . EXISTÈNCIA O NO DE FRACCIONAMENT EN DIVERSOS CONTRACTES SOTMESOS A CONSULTA. L'OBLIGADA PLANIFICACIÓ GENERAL DE LES NECESSITATS PRÈVIES A L'ELECCIÓ DEL PROCEDIMENT DE CONTRACTACIÓ I LA SEUA PERIODICITAT. ACTUACIONS QUE NO PODEN SER OBJECTE DE CONVENI. CONCRECIÓ I CARACTERÍSTIQUES DEL FRACCIONAMENT DE L'OBJECTE DEL CONTRACTE.

ANTECEDENTS

En data 26 d'abril de 2018, ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe del Ajuntament del Campello, mitjançant el qual formula consulta del següent tenor literal:

“Assumpte: CONSULTA/INFORME EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ. FRACCIONAMENT DE CONTRACTES.

Sobre la base d'el que s'estableix en l'article 3 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Consell li remet les següents consultes en matèria de contractació atés que existeixen nombrosos dubtes sobre la possible existència de fraccionaments en els següents suposats:

1- L'Ajuntament organitza de forma anual un muntatge del Belém Municipal en la Casa de Cultura: la prestació es realitza en dos mesos a l'any per import 5.000,00 euros/any sempre en aquestes dates. Aquesta activitat es ve repetint cada any durant diverses legislatures i es preveu que continue prestant-se.

PREGUNTA: Es pot continuar contractant com a contractes menors de forma anual o existiria fraccionament ?.

2.- L'Ajuntament lloga a una empresa bicicletes de cicle indoor: Aquest servei es presta un dia a l'any per import de 1.800 euros/any. Aquesta activitat es ve repetint cada any durant diverses legislatures i es preveu que continue prestant-se.

PREGUNTA: Es pot continuar contractant com a contractes menors de forma anual o existiria fraccionament ?.

3.- Lloguer d'equips de música: Aquest servei es contracta per a la Regidoria d'Esports de forma puntual (un dia) per a diverses activitats esportives a l'any per import anual de 3.000,00 euros/any. Aquest servei també es contracta des d'altres Regidories per a un altre tipus d'esdeveniment (activitats socials, culturals, festives...) d'aquesta manera, és a dir amb contractes menors. L'import

acumulat per aquest servei a l'any excedeix de l'import dels contractes menors. Aquesta activitat es ve repetint cada any durant diverses legislatures i es preveu que continue prestant-se.

PREGUNTA: Es pot continuar contractant com a contractes menors independents per cada esdeveniment o existiria fraccionament?. S'hauria de licitar un únic contracte que englobe les necessitats de totes les Regidories?.

4.- Un altre tipus de contractes que el Departament d'Educació realitza, és el que té per objecte obres teatrals per als alumnes dels col·legis públics del Municipi. Resulta especialment complicada la seua licitació posat que no pot existir una planificació d'aquestes, ja que aquestes es contracten a iniciativa dels col·legis públics en funció de l'obra que aqueix any està en el mercat i els resulta d'interés per als seus alumnes. Cada any la Regidoria d'Educació contracta obres teatrals diferents de companyies i temàtica diferents. L'import de cada espectacle no excedeix de 1.000 euros, a l'any es realitzarà un màxim de 3. Aquesta activitat es ve repetint cada any durant diverses legislatures i es preveu que continue prestant-se.

PREGUNTA: Es pot continuar contractant com a contractes menors independents per cada esdeveniment o existiria fraccionament ?

5.- Un altre dels contractes que qüestionem és el d'adquisició de material esportiu. Cada any la Regidoria d'Esports fa una despesa de material d'uns 20.000 euros. Dins d'aquest material es troba el necessari per a desenvolupar el programa municipal esportiu, en el qual les necessitats canvien cada any posat que poden introduir-se noves activitats o pot trencar-se material, no sent previsible en determinats suposats. També s'inclou merchandising, que cada any és diferent segons els esdeveniments que vagen a realitzar-se, que també canvien segons l'any que es tracte. Finalment s'inclouen també trofeus i medalles que així mateix depenen dels esdeveniments que vagen a realitzar-se i que canvien anualment i només en alguns casos es repeteixen algun dels esdeveniments. Aquesta activitat es ve repetint cada any durant diverses legislatures i es preveu que continue prestant-se.

PREGUNTA: Es pot continuar contractant com a contractes menors independents per cada esdeveniment o existiria fraccionament ?

6.- Des de l'àrea de Cultura es ve adjudicant amb contractes menors obres teatrals directament amb artistes o amb associacions culturals. En aquest aspecte existeixen diverses casuístiques:

a) l'import anual de la suma de tots els actes que es contracta al mateix artista excedeix d'un contracte menor, si bé de forma individual no supera l'import [el líndar] del contracte menor.

b) es contracta de forma puntual a un artista i no supere l'import del contracte menor.

c) es contracta de forma anual a aquests artistes que en l'any no supera l'import del contracte menor però la suma de diversos anys successius supera l'import del contracte menor.

d) es contracta de forma anual a aquests artistes que en l'any no supera l'import del contracte menor però la suma de diversos anys successius no supera l'import del contracte menor.



e) la suma dels contractes de diferents artistes per realitzar obres teatrals a l'any, supera el contracte menor.

PREGUNTA: Es pot continuar contractant com a contractes menors independents per cada esdeveniment o existiria fraccionament ?

7°.- Es formalitza des de fa diversos anys un conveni de col·laboració entre aquest Ajuntament i una Universitat per a la realització de cursos d'hivern per a majors.

a) La Universidad assumeix:

- la posada a la disposició dels recursos acadèmics docents per als cursos (professorats i material). La programació l'estableix la pròpia Universitat. Des de l'Àrea es justifica el conveni amb que aquesta "Universitat és l'única que ofereix el programa de majors en el municipi del Campello"

b) L'Ajuntament realitza una aportació de 8.000,00 euros/any.

c) Des de l'Àrea es ve justificant el conveni aplicant l'art. 4.c del TRLCSP.

PREGUNTA: estaria exclosa de la llei de contractes aquest conveni ? Deuria licitarse com un contracte menor o hauria de tramitar-se d'una altra forma?"

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Les consultes formulades per l'Ajuntament poden resumir-se en dues qüestions: d'una banda, la relativa a determinar si es dóna un fraccionament il·lícit o s'abusa de l'adjudicació directa en una sèrie de contractes menors de subministraments o de serveis puntuals o de curta durada, però que es repeteixen any rere any i, d'altra banda, la de si la realització de cursos d'hivern per a persones majors és una activitat que pot ser objecte d'un conveni amb una universitat i considerar-se un negoci jurídic exclòs de l'àmbit d'aplicació de la Llei de Contractes del Sector Públic, de conformitat amb el que preveia abans el text refós d'aquesta llei, aprovat per Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (TRLCSP), i ara la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic (en endavant, LCSP).

Respecte a les consultes sobre el possible fraccionament de l'objecte dels contractes menors descrits per l'Ajuntament i sobre la possibilitat de continuar adjudicant-los directament sense licitació pública hi ha una observació prèvia que és necessari fer: tant en el TRLCSP com en la LCSP el contracte menor es defineix exclusivament per la seua quantia, sense més excepcions o particularitats que les que es puguin trobar en els contractes basats o derivats d'un acord marc o en els contractes licitats per lots, en els quals després de la seua adjudicació poden resultar contractes que per la seua quantia haurien tingut la consideració de contracte menor si les seues prestacions s'hagueren contractat aïllada o individualment. Però un contracte menor, insistim, ho és per la seua quantia i no perquè s'adjudica directament a una empresa determinada i sense licitació pública, encara que s'haja consultat a més d'una empresa.

La consideració anterior és necessària perquè quan l'Ajuntament consultant planteja reiteradament la

qüestió de si es poden continuar contractant com a contractes menors (de forma anual o per esdeveniment) o existiria fraccionament en sis dels set casos exposats, s'està referint en realitat a si, emparant-se en que són menors i en el que es disposa actualment en l'article 131.3 de la LCSP, pot continuar adjudicant directament dits contractes, en lloc d'utilitzar el procediment obert o un altre dels previstos en la Llei i sotmés als principis de la publicitat, concurrència no discriminació i igualtat de tracte que han de regir la contractació del sector públic, la qual cosa hauria de fer-se encara que es tracte de contractes menors sempre que siga possible i eficient o convenient per a l'interés general.

Amb l'entrada en vigor de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, aquesta consideració s'ha vist àdhuc més reforçada amb la regulació del procediment obert simplificat de tramitació sumaria, previst en l'article 159.6 de la Llei per als contractes de subministraments o de serveis de valor estimat inferior a 35.000€ i per als contractes d'obres de valor estimat inferior a 80.000€, llistats tots dos que permeten la utilització d'aquest procediment per a l'adjudicació d'un amplíssim conjunt de contractes, incloent la totalitat dels contractes menors que es repeteixen exercici rere exercici i que són perfectament previsibles com succeeix en la majoria dels descrits per l'Ajuntament de El Campello en la seua consulta.

En els casos concrets descrits en la consulta de l'Ajuntament es poden distingir almenys dues situacions diferents: la dels contractes de serveis o de subministraments de béns corrents (cas 1, 2, 3 i 5) que es repeteixen cada any i es preveu que continuen necessitant-se en exercicis futurs, i la dels contractes que tenen per objecte obres teatrals (casos 4 i 6), en els quals, a més de les circumstàncies anteriors, s'inclouen serveis d'interpretació artística i, per tant, tindrien caràcter privat a tenor del que es disposa en l'apartat a) de l'article 25.1 de la LCSP. En tots dos casos, però sobretot en els primers, ha de tindre's en compte en primer lloc que d'acord amb l'article 28.4 de la LCSP les entitats del sector públic han de programar l'activitat de contractació que desenvoluparan cada exercici pressupostari o en períodes anuals i que aquesta activitat ha d'ajustar-se, en general i sempre que siga possible, als principis i finalitat establits en l'article 1 d'aquesta llei.

En els casos anteriors de subministraments o serveis comuns, si ni tan sols s'anunciara la seua licitació en el perfil de contractant resultaria molt difícil justificar a partir d'ara i conforme al que es disposa actualment en l'article 118.3 de la LCSP, que no s'està alterant l'objecte del contracte i, sobretot, que no s'està fent amb la intenció d'evitar l'aplicació de les regles generals de contractació, entre altres coses, perquè es tracta de serveis i subministraments per a actuacions que es repeteixen cada exercici pressupostari (casos 1, 2 i 5), fins i tot dins d'un mateix exercici (cas 3), i per a les quals existeix la decisió o la intenció de repetir-les anualment, almenys dins d'una legislatura. Per tant, no sembla que existisca cap impediment ni circumstància excepcional o imprevista que impedisca que, periòdicament i amb la suficient antelació, es programen i traguem a licitació pública, fins i tot per lots si s'estima convenient, els serveis o subministraments als quals es refereix la consulta, amb un termini de durada que pot abastar més d'un exercici o ser prorrogable si així es considera convenient. En tots dos casos sembla possible, a més, fer-ho sobre la base d'un sistema de preus unitaris, la qual cosa facilitaria l'execució de les prestacions que efectivament puga precisar l'Ajuntament, dins del pressupost màxim establert en la licitació, i que no puga tindre totalment definides en el moment de la licitació.

Un cas diferent ho constitueixen les obres teatrals per als alumnes dels col·legis públics dels municipis (cas 4). D'acord amb la informació feta constar en la consulta, es tracta d'obres teatrals de diferents companyies per a interpretacions que no excedeixen de 1.000 euros per espectacle. Donem per



descomptat que la selecció de cada companyia està directament relacionada amb l'obra teatral que representa, circumstància que, a més de l'escassa quantia, fa inapropiat qualsevol procediment obert de licitació. Malgrat el seu caràcter privat, l'article 26.2 de la LCSP estableix que a aquests contractes, quan els celebre una Administració Pública, els seran aplicable igualment els preceptes de la Llei quant a la seua preparació i adjudicació. En aquest cas, ha de considerar-se, doncs, que només caben dues opcions: o l'adjudicació directa com a contracte menor o el procediment negociat sense publicitat, en aquest últim cas si la representació teatral es troba entre els supòsits previstos en l'article 168, apartat a, paràgraf 2º, de la LCSP. No obstant això, donada l'escassa quantia de cada espectacle, pot dir-se amb quasi total seguretat que en cap cas podrà superar-se el límit establert en l'article 118.3 de la LCSP, motiu pel qual cal adjudicar directament tals contractes fent constar en l'expedient la justificació exigida en aquest precepte.

Anàloga consideració mereix el supòsit dels contractes d'obres teatrals efectuats amb "artistes i associacions culturals" (cas 6), si bé en aquest cas no pot recórrer-se a l'adjudicació directa d'un contracte menor amb un determinat artista si en fer-ho se supera el límit establert en l'article 118.3 de la LCSP, en relació amb el 118.1, i en canvi resultarà d'aplicació el procediment negociat sense publicitat en tal supòsit si concorre alguna de les circumstàncies previstes en el punt 2n de l'apartat a) de l'article 168 de la LCSP, per tractar-se d'una creació o interpretació artística única o perquè els contractats tenen drets exclusius sobre l'obra o sobre elements d'aquesta com la música, el guió o uns altres.

Pel que es refereix a l'última qüestió plantejada en la consulta de l'Ajuntament, relativa a si la realització de cursos d'hivern per a persones majors pot ser objecte d'un conveni amb la Universitat exclòs de l'àmbit d'aplicació de la Llei de Contractes del Sector Públic, ha d'estar-se al que es disposa actualment en l'article 6.1 de la LCSP:

Article 6. Convenis i encàrrecs de gestió.

1. Queden exclosos de l'àmbit de la present Llei els convenis, que el seu contingut no estiga comprés en el dels contractes regulats en aquesta Llei (...) celebrats entre si per l'Administració General de l'Estat, les Entitats Gestores i els Serveis Comuns de la Seguretat Social, les Universitats Públiques, les Comunitats Autònomes i les Ciutats Autònomes de Ceuta i Melilla, les Entitats locals, les entitats amb personalitat jurídica pública d'elles dependents i les entitats amb personalitat jurídica privada, sempre que, en aquest últim cas, tinguen la condició de poder adjudicador.

La seua exclusió queda condicionada al compliment de les següents condicions:

a) Les entitats intervinents no han de tindre vocació de mercat, (...)

b) Que el conveni establisca o desenvolupe una cooperació entre les entitats participants amb la finalitat de garantir que els serveis públics que els incumbeixen es presten de manera que s'aconseguiquen els objectius que tenen en comú.

c) Que el desenvolupament de la cooperació es guie únicament per consideracions relacionades amb l'interés públic.

La redacció anterior deixa lloc a pocs dubtes i és substancialment diferent de la qual contenia l'article 4.c) del derogat TRLCSP, en destacar entre altres aspectes que, d'una banda, el conveni ha de tindre

un contingut que no pugui ser objecte dels contractes regulats en la Llei i, per una altra, que ha de servir per a establir un règim de cooperació per a objectius que es tenen en comú.

En l'escrit de la consulta de l'Ajuntament es fa constar també que la justificació que s'ha fet en anys anteriors per a la subscripció del conveni s'ha basat en que la Universitat amb la qual s'ha subscrit és "l'única que ofereix el programa de majors en el municipi del Campello". Aquesta afirmació, no obstant això, només serviria per a justificar que no es promogui la concurrència entre Universitats però no serveix de fonament per a considerar que les prestacions efectuades per la Universitat no puguin i deguen ser objecte d'un contracte de serveis dels definits en l'article 17 de la Llei de Contractes del Sector Públic, ja que no sembla que els cursos d'hivern tinguin la consideració d'activitats d'educació superior reglada i, en conseqüència, es tracta de prestacions consistentes en serveis de formació que poden sotmetre's a contractació en règim de concurrència i al procediment de la qual la universitat pot per descomptat concórrer.

A més de que l'objecte del conveni no ha de trobar-se comprés entre els propis dels contractes regulats en la LCSP, ha de tindre's en compte que tal conveni entre la Universitat i l'Ajuntament hauria d'establir un règim de cooperació per a objectius comuns derivats de l'exercici de les seues respectives competències i funcions i en el qual ambdues parts cooperen aportant mitjans i recursos. En canvi, en el text de la consulta es fa constar que l'Ajuntament es limita a realitzar una aportació de 8.000 euros/any i, si per tal aportació s'entén que se li paga aquesta quantia a la Universitat, és evident que es tracta d'una contraprestació a la Universitat pels serveis de formació que li presta a l'Ajuntament i no d'un conveni de cooperació entre ambdues entitats per a finalitats comunes.

Finalment, no pot aquesta Junta deixar d'al·ludir al concepte de fraccionament de l'objecte del contracte, no sense això fer patent les consideracions anteriors sobre com ha d'actuar-se en els contractes consultats.

En aquest sentit el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals en Resolució núm. 571/2016, de 15 de juny de 2016, analitza un suposat fraccionament de l'objecte del contracte, prenent com a punt de partida la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea en la Sentència de 5 d'octubre de 2000 Assumpte C-16/1998 i altres posteriors que en aquesta Resolució se citen i a la qual ens remetem. En el cas d'un contracte de serveis la Sentència de 15 de març de 2012 dictada en l'assumpte C-574/2010.

Diu el Tribunal. *"En definitiva, la qüestió principal, de conformitat amb la citada jurisprudència comunitària, no es troba tant en l'existència d'una intenció elusiva per part del poder adjudicador, sinó en el caràcter únic del que constitueix l'objecte del contracte que es pretén licitar. D'aquesta manera, si l'objecte del contracte era únic i es va fraccionar en diversos expedients, encara que no existira una intenció elusiva, hi haurà fraccionament indegut. Per contra, quan l'objecte del contractat per separat tinga una unitat funcional tècnica i econòmica, és igual quines siguin les motivacions del poder adjudicador en definir l'objecte del contracte, no existirà fraccionament.*

Només quan existisca una raó objectiva que permeti considerar que cada prestació en si mateixa considerada respon a una única finalitat tècnica i econòmica, independent i separable de la resta, podrà l'òrgan de contractació optar per efectuar procediments separats per a cadascuna d'elles, calculant també de forma independent el seu valor estimat a l'efecte de la determinació del règim jurídic que li corresponga.



“Del que s'ha dit fins ara cal concloure que quan l'òrgan de contractació pretén contractar una obra, subministrament o servei per a satisfer una determinada necessitat, existint una única finalitat tècnica i econòmica de les diferents prestacions que es contracten, la licitació ha d'efectuar-se en un únic procediment, el qual podrà si escau dividir-se en lots, de conformitat amb el que es disposa en l'article 86 TRLCSP, però sense que aquesta divisió permeti a l'òrgan de contractació eludir l'aplicació del procediment que corresponga en funció del valor estimat del total de les prestacions a contractar.”

Aquesta Junta ja es manifestà en un sentit similar en el seu informe 10/2014, de 17 de febrer de 2015. Efectivament, en aquest dictamen quedava patent que: *La durada d'un contracte no és referència que servisca de base, per si sola, per a considerar que hi ha hagut un fraccionament indegut del seu objecte pel simple fet que la necessitat que origina la contractació es repetisca anual o periòdicament. L'art. 86 del TRLCSP estableix clarament que el fraccionament tindrà lloc quan l'objecte del contracte, que deu ser determinat, es fraccione per a eludir la quantia del mateix i evitar la publicitat. No sembla que la celebració anual i pel període que tinga lloc la prestació dels contractes de servicis indicats tinga relació alguna amb el fraccionament de l'objecte del contracte, sempre que en la seua adjudicació s'hagen seguit en funció de la seua quantia els procediments regulats en el TRLCSP per a la seua adjudicació i, per tant, s'hagen respectat els principis bàsics de la contractació.*

CONCLUSIONS

1. La contractació de serveis o subministraments de valor estimat inferior al llindar establits en l'article 118.1 de la Llei 9/2017, de Contractes del Sector Públic, pot ser objecte d'adjudicació directa amb la limitació establida en l'article 118.3, o contractats mitjançant un procediment obert, especialment el procediment obert simplificat. En el cas de serveis o subministraments la necessitat dels quals de contractació és coneguda amb antelació i es repeteix en successius exercicis, ha de programar-se aquesta contractació i efectuar-se la seua adjudicació conformement als principis de publicitat i transparència als quals es refereix a l'article 1 d'aquesta Llei, qualsevol que siga el procediment que s'utilitze.
2. La contractació de serveis d'interpretació artística, qualsevol que siga el seu import, pot efectuar-se mitjançant el procediment negociat sense publicitat si concorre alguna de les circumstàncies previstes en el punt 2º de l'apartat a) de l'article 168 de la Llei de Contractes del Sector Públic.
3. La impartició de cursos o altres activitats de formació no conduents a l'obtenció de titulacions acadèmiques oficials són prestacions pròpies d'un contracte de serveis comprés dins de l'àmbit d'aplicació de la Llei de Contractes del Sector Públic.
- 4.- Cuando l'òrgan de contractació pretén contractar una obra, subministrament o servei per a satisfer una determinada necessitat, existint una única finalitat tècnica i econòmica de les diferents prestacions que es contracten, la licitació ha d'efectuar-se en un únic procediment, el qual podrà si escau dividir-se en lots, de conformitat amb el que es disposa en l'article 86 TRLCSP, però sense que aquesta divisió permeti a l'òrgan de contractació eludir l'aplicació del procediment que corresponga en funció del valor estimat del total de les prestacions a contractar. Només quan existisca una raó objectiva que permeti considerar que cada prestació en si mateixa considerada respon a una única

finalitat tècnica i econòmica, independent i separable de la resta, podrà l'òrgan de contractació optar per efectuar procediments separats per a cadascuna d'elles, calculant també de forma independent el seu valor estimat a l'efecte de la determinació del règim jurídic que li corresponga.

El present Informe s'emeta 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 punt, 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