

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 8/2018

INFORME 8/2018 DE 15 DE JUNY 2018 . INTERPRETACIÓ DE L'Art. 118.3 DE LA LLEI 9/2017, DE 8 DE NOVEMBRE DE, DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC.

ANTECEDENTS

En data 8 de maig de 2018, ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa, mitjançant el Registre departamental, sol·licitud d'informe de Presidència de la Generalitat, mitjançant el qual formula consulta del següent 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, aquesta sotssecretària de la Presidència 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'Il·laura en avant LCSP), en atenció al següent:

Antecedents

L'article 118 de la LCSP regula "l'Expedient de contractació en els contractes menors" establint:

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 centralitzades 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).2º.

4. Els contractes menors es publicaran en la forma prevista en l'article 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. Els contractes menors podran adjudicar-se directament a qualsevol empresari amb capacitat d'obrar i que compte amb l'habilitació professional necessària per a realitzar la prestació, complint amb les normes establides en l'article 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. Els contractes menors definits en l'apartat primer de l'article 118 no podran tindre una durada superior a un any ni ser objecte de pròrroga.”

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

“1. Els contractes que celebren els poders adjudicadors, a excepció dels contractes menors i dels contractes basats en un acord marc i dels contractes específics en el marc d'un sistema dinàmic d'adquisició als quals es refereix l'apartat 3 d'est article, es perfeccionen amb la seua formalització.”

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 límits de valor estimat que permeten qualificar un contracte menor i introdueix 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 de la despesa.
3. Incorporació de la factura.
4. Justificació que no s'està alterant l'objecte del contracte per a evitar l'aplicació dels 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'aquesta regla s'exclouen els 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 és 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 els normes generals de contractació i que el contractista no ha superat, per mitjà de l'acumulació de contractes menors els llistats continguts en el punt 1 de l'article 118, resulta necessari resoldre les qüestions següents:

a) Com interpretar "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"

Ja que l'art. 118.1 estableix que "es consideren contractes menors els contractes de valor estimat inferior a 40.000 €, quan es tracte de contractes d'obres, o a 15.000 €, quan es tracte de contractes de subministraments o de serveis" 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 mitjà de la realització d'obres, 15.000 € per mitjà de subministraments i 15.000 € per mitjà 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 mitjà 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 mitjà de contractes menors, ja que l'art. 118 no estableix cap de bestiar respecte d'això.

c) Finalment, s'ha de considerar que seguisca quina seguisca l'obra, el tipus de subministrament o la classe de servici, totes els seues quanties han de sumar-es per a comprovar si s'aconsegueixen 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 als conclusions següents:

"* L'article 118.3 de la LCSP ha de 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 llistats previstos per al contracte menor.

* Aquesta conducta defraudadora queda prohibida en la llei qualsevol que siga el moment en què es produïska.

* La llei no contempla una limitació a la celebració de contractes menors amb un mateix operador

econòmic quan les prestacions objecte d'aquests siguen equitativament diferents i no formen una unitat. Per això, fora dels casos d'alteració fraudulenta de l'objecte del contracte, sí que és possible celebrar contractes menors amb aquest contractista, però en aquest cas haurà de justificar-se adequadament en l'expedient que no es donen les circumstàncies prohibides per la norma.

* Quan entre dos contractes menors les prestacions dels quals siguen equivalents haja mediat més d'un any, comptat des de l'aprovació del gasto, una vegada que s'haja fet constar en l'expedient el transcurs d'aquest període de temps, no serà necessari una ulterior justificació en l'expedient de contractació del segon contracte menor."

Per la seua banda, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'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 d'incompatibilitat que estableix l'art. 118.3 ha d'operar respecte de contractes menors d'aquesta tipologia a aquell que pretenga adjudicar-se de manera successiva, és a dir, entre contractes menors d'obres, entre contractes menors de serveis o entre contractes menors de subministraments, respectivament, anteriors al nou contracte d'obres, serveis o subministraments que pretenga adjudicar-se.

III. La regla d'incompatibilitat prevista en l'art. 118.3 LCSP resulta d'aplicació respecte a cadascun dels òrgans de contractació, no respecte a l'entitat respecte a la qual varis de tals òrgans puguen imputar les seues actuacions.

IV. 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 financiaron l'execució dels contractes menors adjudicats amb anterioritat."

Davant de la diversitat d'interpretacions d'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 d'Aragó, se sol·licita a la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat emeta un informe sobre els incompatibilitats d'adjudicació establides en l'article 118 de la LCSP vigent."

Així mateix, en data 11 de maig de 2018, ha tingut entrada en el Registre departamental de la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe de la Conselleria de Justícia, Administració Pública, Reformes Democràtiques i Llibertats Públiques, sol·licitada a través de la Intervenció General, mitjançant el qual formula consulta del següent tenor literal:

"Davant la recent 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, aquesta Sotssecretària està procedint a adaptar a aquesta els diferents procediments i criteris d'actuació en matèria de contractació.

En aquests moments ens preocupa especialment la tramitació dels expedients de contractes menors, respecte als quals l'article 118 de la citada Llei exigeix una certa activitat administrativa que suposa limitacions en la seua utilització. No obstant això, estan apareixent diverses interpretacions sobre



aquest tema observant-se, per exemple, que existeixen dictàmens d'alguna Junta Consultiva de Contractació autonòmica (com la Junta de la Comunitat Autònoma d'Aragó) que vaig donar fiere dels manifestats per la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat.

Per això i a fi d'obtenir un criteri general que ens permeta actuar amb la major seguretat i precisió jurídica en aquest procés pràctic d'adaptació normativa se sol·liciten criteris o indicacions amb caràcter general sobre la interpretació d'aquest precepte i, en particular, sobre els següents extrems:

a) Si les limitacions que estableix l'art. 118.3 s'apliquen a les entitats contractants o bé ha d'entendre's referida a cadascun dels òrgans de contractació, doncs hem de tindre en compte que en la nostra conselleria existeix una delegació de competències en matèria de contractació per part del titular d'aquesta conselleria en diversos centres directius d'aquesta (Sotssecretària i Direccions generals).

b) Documentació a incorporar a l'expedient en els supòsits de pagaments pel sistema de Caixa Fixa.

c) Manera d'interpretar els límits temporals respecte a la limitació que el contractista no haja subscrit contractes menors que individual o conjuntament superen el llindar establert."

A més de l'anterior, l'escrit de la Intervenció General adjunta també còpia d'un escrit de l'Interventor Delegat en la Direcció territorial de Sanitat i Salut Pública de València pel qual sol·licita a la Intervenció General aclariment sobre la interpretació que ha de donar-se a l'apartat 3 de l'article 118 de la LCSP.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

El present informe té caràcter consultiu, s'emet en l'exercici de les funcions encomanades a aquesta Junta en els articles 1 i 2 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, i atés que les consultes anteriors vénen referides a la interpretació dels mateixos preceptes legals, es procedeix a acumular i atendre simultàniament les consultes plantejades pels dos departaments de la Generalitat que les han formulat. De conformitat amb el que es disposa en l'article 9 del Decret citat el present informe té també caràcter no vinculant i els òrgans consultants poden adoptar les seues decisions ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en aquest últim cas.

1. Necessitat d'una interpretació concorde i coherent amb el conjunt de normes de la Llei.

En l'Informe 4/2018 aquesta Junta ja ha posat de manifest l'observació que 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.

La pretensió comuna d'aquesta Junta i dels òrgans consultius que s'han pronunciat sobre aquestes qüestions és que qualsevol interpretació de l'article 118, i especialment la del seu apartat 3, atenga i siga fidel a la finalitat perseguida pel legislador en imposar els requisits i limitacions que en aquest precepte s'estableixen, tenint en compte que al mateix temps ha de facilitar-se el seu compliment d'una forma viable i coherent amb les restants normes de la pròpia llei. Així, ha de destacar-se que el motiu que inspira aquest precepte i el que s'hi disposa està d'acord, per exemple i entre uns altres, amb l'article 99.2 de la LCSP, que 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*; amb l'article 101.5, que assenyala que *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 també amb l'article 132.2, que preveu que *la contractació no serà concebuda amb la intenció d'eludir els requisits de publicitat o els relatius al procediment d'adjudicació que corresponga, ni de restringir artificialment la competència, ben afavorint o perjudicant indegudament a determinats empresaris*. Per tant, aquesta Junta entén que aquest és, doncs, el context en el qual ha d'interpretar-se l'article 118 de la LCSP, conjuntament amb els principis i finalitat de la contractació pública que s'estableixen en l'article 1 de la llei, entre els quals destaquen la publicitat i transparència dels procediments, la no discriminació i igualtat de tracte als possibles licitadors i la salvaguarda de la lliure competència.

2. Relació entre la limitació establida en l'article 118.3 de la LCSP i la classe i objecte del contracte.

De les qüestions concretes referides en els apartats a) i c) de la consulta de Presidència, sobre com ha d'interpretar-se el límit establert en l'apartat 3 de l'article 118, en relació amb la classe i objecte del contracte, respectivament, per a apreciar si se superen o no els llindars establerts en el seu apartat 1, pot dir-se que, si bé amb matisos, aquestes qüestions han trobat una resposta i interpretacions dels òrgans consultius majoritàriament coincidents, les quals constitueixen també el criteri adoptat per aquesta Junta en el ja citat informe 4/2018:

Per tipus de contracte, a aquesta Junta no li cap el menor dubte que els límits establerts en l'article 118.3, en relació amb els llindars de l'article 118.1, han d'entendre's establerts 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 aquests cas n'hi ha prou amb aplicar els criteris establerts 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 aquestes prestacions constitueixen una unitat que podrien ser objecte de licitació pública o podrien constituir-la si s'aplicaren criteris d'eficiència i transparència.

(...)

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.

Sobre aquesta qüestió de la fragmentació de l'objecte del contracte, abans de l'entrada en vigor de la Llei 9/2017 ja s'havia pronunciat el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, en la seua Resolució 507/2016, de 15 de juliol, on entre les consideracions que segueixen plenament vigents ara assenyala 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 permeta a l'òrgan de contractació eludir l'aplicació del procediment que corresponga en funció del valor estimat del total de les prestacions del contracte.*

Només quan existisca una raó objectiva que permeta considerar que cada prestació en si mateixa considerada respon a una 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 corresponga.

Adicionalment, observe's en qualsevol cas que de la interpretació teleològica de l'article 118 de la LCSP que venim defensant es deriva que la regla continguda en el seu apartat 3 resulta aplicable únicament quan el contracte menor s'adjudica *directament* al contractista, amparant-se en el que es disposa en l'article 131.3 i independentment que es pugui haver consultat a una o a diverses empreses. En canvi, d'acord amb aquesta interpretació, la limitació continguda en l'article 118.3 de la LCSP no és aplicable si el contracte menor, considerat així exclusivament per la seua quantia, s'adjudicava mitjançant un procediment obert o qualsevol altre dels previstos en la Llei en règim de publicitat, concurrència i lliure accés a la licitació, no discriminació i igualtat de tracte als candidats o licitadors. En particular, ha de tindre's en compte la possibilitat d'utilitzar, per a adjudicar els contractes menors, el procediment obert simplificat de tramitació sumaria previst en l'article 159.6 de la LCSP per als contractes d'obres de valor estimat inferior 80.000€ i per als contractes de serveis o de subministraments de valor estimat inferior a 35.000€, lliandars tots dos que contenen al seu torn els de els contractes menors.

3. Període al que ha d'entendre's referit el límit de la contractació menor amb un mateix contractista establert en l'article 118.3

Respecte a la qüestió plantejada en segon lloc per la consulta del departament de la Presidència de la Generalitat, relativa a l'àmbit temporal que ha de prendre's en consideració per a aplicar la limitació establida en l'article 118.3 de la LCSP, aquesta Junta, amb motiu de l'Informe 4/2018 abans citat, ha examinat en primer lloc la interpretació efectuada per la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat (JCCPE) i pels diferents òrgans consultius de les Comunitats Autònomes que s'han manifestat fins al moment. Les interpretacions són efectivament dispars encara que tenen elements en comú que també compartim. Totes coincideixen que un període anual constitueix la referència que ha de prendre's per a apreciar el compliment de la limitació establida en aquesta norma però, mentre que la JCCPE entén que aquest període ha de ser l'any anterior a l'aprovació de la despesa, els òrgans consultius de les CCAA entenen que aquest període ha de vindre referit al de l'exercici pressupostari amb càrrec al qual es finança el contracte. Aquest últim criteri és l'adoptat per aquesta Junta en l'Informe 4/2018 pels motius que allí s'exposen:

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 límit 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'aquesta 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'interès 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'aquesta 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 es pot i s'ha de considerar 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, rendits i comptabilitzats sempre per exercicis pressupostaris.

4. Àmbit subjectiu o orgànic al que ha d'entendre's referida la limitació de l'article 118.3 de la LCSP.

Aquesta qüestió, plantejada en la consulta formulada a la Intervenció General per la Conselleria de Justícia, Administració Pública, Reformes Democràtiques i Llibertats Públiques, ha sigut també abordada per aquesta Junta en l'Informe 4/2018, d'aquesta mateixa data, i en els termes següents:

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 límits 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, entés com el poder adjudicador 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 corresponen, 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 corresponen.

Precisament per això, atès 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 cas: 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 punt, 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.

(...)

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 pugui considerar-se separada, no en l'aspecte orgànic o jeràrquic, sinó pel 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 ha de 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 llinars previstos per al contracte menor.

En aquest sentit i per aplicació del principi de prohibició de fraccionament, no caldria admetre que cada unitat funcional poguera contractar de manera directa prestacions que siguen qualitativament iguals i que haurien de licitar-se en funció de la suma dels seus valors estimats. Per exemple, no seria admissible que cada Direcció General, per molt unitat funcional que s'entenga que és, i per moltes competències que tinga delegades, adjudique com a contracte menor un servei de neteja, inferior a 15000 euros, o qualsevol altre servei o subministrament que tinga un caràcter d'horitzontalitat, perquè això contravindria els articles 99 i 101 de la LCSP.

5. Documentació a incorporar a l'expedient qualsevol que siga la forma de pagament

En relació amb la norma anterior, la Llei 9/2017 ha suposat un canvi important en la regulació de la tramitació i el contingut mínim de l'expedient en el supòsit dels contractes menors. En aquest cas, a més, la llei estableix amb claredat quins són aqueixos documents que almenys han de constar en l'expedient i això ni precisa ni permet interpretació alguna segons el parer d'aquesta Junta.

L'article 118.1 de la LCSP estableix que *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.* De la redacció d'aquest precepte es desprén, a més, no solament la literal obligatorietat que existisca un informe de l'òrgan de contractació justificant la necessitat de contractar, sinó també la prioritat en el temps de dit informe i el seu caràcter previ a l'adjudicació directa quan aquest siga el procediment d'adjudicació.

Igualment, l'article 118.3 de la LCSP disposa que, excepte en els supòsits previstos en l'art. 168.a).2, en els quals el contracte només pot ser encomanat a una empresa determinada, *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.* En conseqüència, no solament és que l'adjudicació directa d'un contracte menor ha d'anar precedida de l'informe motivant la necessitat del contracte, sinó que l'expedient també haurà de contindre, en aquest informe o en document separat, la justificació dels extrems descrits en el citat article 118.3 i la constància que l'òrgan de contractació ha comprovat el compliment de la limitació establida en aquest precepte, tot això, com és obvi, podent fer-ho directament o a través de les unitats dependents o de suport amb compte l'òrgan de contractació o qui exercisca les seues facultats en virtut de delegació o per desconcentració de



funcions.

Respecte a la documentació que ha d'incorporar-se a l'expedient, cal assenyalar també que la Llei no permet un tractament diferent del contracte menor en funció del sistema de pagament del preu que s'utilitzi, és a dir, també hauran de respectar-se les regles contingudes en l'article 118 en el cas dels contractes menors el pagament dels quals s'efectua pel sistema de caixa fixa. Els apartats 1 i 3 de l'article 118 són normes de caràcter bàsic d'aplicació general a totes les Administracions Públiques i organismes i entitats dependents d'elles, tal com es recorda en el número 3 de la Disposició final primera de la LCSP, i en conseqüència no sembla possible que una norma reglamentària o una norma autonòmica pogueren establir un altre criteri per als contractes de molt escassa quantia.

Finalment, pel que fa a aquesta qüestió, només cal afegir que tant la documentació exigida en l'apartat 1 de l'article 118 de la LCSP, com l'exigida en el seu apartat 3, han de precedir o com a mínim ser simultànies a l'adjudicació o a qualsevol encàrrec o actuació que pugui fer les vegades de l'adjudicació o conduir a la perfecció del contracte menor, perquè així es desprèn de la redacció del precepte i perquè de no fer-ho així no es pot assegurar el seu compliment.

CONCLUSIONS

1. El límit a l'adjudicació de contractes menors amb un mateix contractista establert en l'apartat 3 de l'article 118 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, 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 a aqueix contractista per un mateix òrgan de contractació i amb càrrec als crèdits d'un mateix exercici pressupostari anual. En el cas que un contracte menor així adjudicat es financï amb càrrec a crèdits de més d'un exercici pressupostari, en l'aplicació de la regla anterior es tindrà en compte la quantia corresponent a cada anualitat de manera que el citat límit es complisca en cada exercici pressupostari anual.
2. En el supòsit de delegació o desconcentració de les facultats de l'òrgan de contractació en altres òrgans directius responsables d'establiments o centres de despesa que constituïsquen unitats funcionals, en les quals aquells actuen amb autonomia i responsabilitat pròpia com a poder adjudicador, el compliment de la regla anterior haurà d'entendre's referit, respectivament, als contractes finançats amb càrrec al pressupost assignat o del que disposa la corresponent unitat funcional i siguin adjudicats pels respectius òrgans que exercisquen les facultats de l'òrgan de contractació. Això sense perjudici de la prohibició de fraccionament de l'objecte del contracte, especialment quan es tracte de serveis o subministraments comuns de caràcter horitzontal per a unitats funcionals que comparteixen un mateix establiment o centre de treball.
3. Si un contracte menor s'adjudica directament a l'empresari que s'estableix en l'article 131.3 de la Llei de Contractes del Sector Públic, la seua tramitació de conformitat amb el que es disposa en l'article 118 de la Llei requereix, en tot cas i independentment del sistema de pagament utilitzat, que prèvia o simultàniament a l'adjudicació o perfecció del contracte s'incorpore a l'expedient l'informe de l'òrgan de contractació motivant la necessitat del contracte, així com la justificació que es donen les condicions a les quals es refereix l'apartat 3 de l'article 118.

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