



Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 28 de mayo de 2013

Informe 1/2013, de 28 de mayo. Fraccionamiento del objeto de los contratos

Antecedentes

1. La secretaria general de la Consejería de Agricultura, Medio Ambiente y Territorio ha formulado la siguiente consulta a esta Junta Consultiva:

De conformidad con los artículos 12 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y 15 y 16 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, le solicito que emita un informe sobre el posible fraccionamiento de los contratos, según dispone el artículo 74 de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente, artículo 86 del Texto refundido de esta Ley), que la Agencia Balear del Agua y la Calidad Ambiental formalizó durante el ejercicio de 2011, atendiendo a los siguientes antecedentes:

1. El 26 de junio de 2012 la entidad Ernst & Young, entidad encargada de elaborar el informe de auditoría sobre el cumplimiento de la normativa de la Agencia Balear del Agua y la Calidad Ambiental durante el ejercicio 2011, emitió un borrador de informe en cuyo resumen de conclusiones se hacía constar lo siguiente:

“Durante la ejecución de nuestros procedimientos de revisión hemos identificado contrataciones por un importe total aproximado de 519.429 euros realizadas por la entidad en las que no nos consta que se ha cumplido con los procedimientos de contratación establecidos en la mencionada normativa de contratación.”

2. El 6 de julio de 2012 la Agencia Balear del Agua y la Calidad Ambiental formuló alegaciones al borrador de informe porque entendía que las contrataciones objeto de alegaciones eran independientes y totalmente diferenciadas, por lo que no había incumplimiento de la normativa en materia de contratación.



3. Posteriormente la entidad Ernst & Young aceptó parcialmente las alegaciones formuladas por la Agencia Balear del Agua y la Calidad Ambiental. No obstante, se mantuvo firme en el incumplimiento de la normativa en materia de contratación respecto a diversos contratos menores concertados con cuatro empresas, concretamente respecto a las obras adjudicadas a las empresas Cadagua, por un importe total de 211.817,74 euros; Melchor Mascaró, S.A., por un importe total de 76.479,64 euros; Oxital, S.L., por un importe total de 64.871,93 euros, y Socamex, por un importe total de 80.852,24 euros.

En dicho documento dice, textualmente, que se trata de:

“Actuaciones que obedecen a averías, reparaciones, roturas, etc., que en el caso de ABAQUA tienen carácter de periodicidad, por tanto, al tratarse las adquisiciones realizadas a proveedores a actuaciones que tienen carácter de periodicidad, en nuestra opinión éstas deberían de haberse tramitado cumpliendo con los requisitos estipulados para los contratos mayores, en virtud de lo estipulado en los artículos 74 a 76 de la LCSP”.

4. El 11 de septiembre de 2012 los servicios jurídicos de la Agencia emitieron un informe jurídico respecto a las contrataciones con las entidades Cadagua, Melchor Mascaró, S.A., Oxital, S.L., y Socamex durante el ejercicio 2011, que han dado lugar a una contestación de la entidad auditora Ernst & Young.

5. El 15 de noviembre de 2012, visto el informe jurídico de 11 de septiembre de 2012, el Consejo de Administración de la Agencia Balear del Agua y Calidad Ambiental acordó:

“Solicitar un informe a la Junta Consultiva de Contratación, órgano consultivo de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, para determinar si ha habido un efectivo fraccionamiento contractual, y, por tanto, incumplimiento en materia de contratación respecto a los 14 contratos concertados por la Agencia.”

Le remito adjunta, la siguiente documentación:

- Una copia del escrito de contestación de la entidad Ernst & Young a las alegaciones planteadas por la Agencia Balear del Agua y Calidad Ambiental en relación con el informe de auditoría del ejercicio 2011.
- Una copia del informe jurídico de 11 de septiembre de 2012.
- Una copia de los informes técnicos que motivaron las contrataciones.

2. La secretaria general de la Consejería de Agricultura, Medio Ambiente y Territorio está legitimada para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de conformidad con el artículo 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva, y con el artículo



15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997. Al escrito se adjunta un informe jurídico, de acuerdo con el artículo 16.3 del Reglamento. Por tanto, se cumplen los requisitos previos de admisión para poder emitir el informe solicitado.

Consideraciones jurídicas

1. El escrito de consulta plantea una única cuestión relacionada con el posible fraccionamiento del objeto de los contratos.

La duda surge a raíz de las conclusiones del informe de auditoría sobre el cumplimiento de la normativa por parte de la Agencia Balear del Agua y Calidad Ambiental (en adelante, el ABAQUA), correspondiente al año 2011, en el que se pone de manifiesto un posible incumplimiento de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, entonces vigente, en relación con diversos contratos menores suscritos durante el año 2011 por el ABAQUA que se refieren a prestaciones llevadas a cabo en diversas estaciones depuradoras y en instalaciones anexas a éstas.

Así, la empresa de auditoría considera que las prestaciones objeto de los contratos menores corresponden a necesidades a las que el ABAQUA debe responder periódicamente y que, en consecuencia, la contratación de estas prestaciones tendría que haberse tramitado de acuerdo con los requisitos que establece la Ley para los “contratos mayores”.

En cambio, el ABAQUA considera que se trata de prestaciones independientes, con objetos diferentes y que se han producido en puntos geográficos diferentes y en relación con instalaciones diferentes, y que, por tanto, no se ha producido el fraccionamiento del objeto de los contratos dado que no puede entenderse que formen una unidad funcional o tengan un objeto único.

Con carácter previo, debe señalarse que los informes de la Junta Consultiva no pueden pronunciarse sobre la corrección o la adecuación a derecho de la actividad contractual de una entidad adjudicadora —ni que sea limitada a un conjunto de contratos—, dado que no corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa emitir juicios de valor o fiscalizar o controlar la legalidad de la actuación administrativa en materia de contratación —que, en cambio, podría corresponder a otros órganos—, sino que su función consiste en interpretar la normativa de contratación pública en los aspectos que presenten



alguna duda o alguna contradicción y, en este sentido, establecer criterios interpretativos que puedan guiar a los órganos de contratación.

2. El artículo 86 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), establece que el objeto del contrato deberá ser determinado y que no podrá fraccionarse con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento que correspondan, a menos que se pueda dividir en lotes, de conformidad con el apartado 3 de este precepto, que se expresa en los siguientes términos:

Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

Asimismo podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como ésta es definida en el artículo 6, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

En los casos previstos en los párrafos anteriores, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2.

El fraccionamiento de los contratos ha sido objeto de análisis por parte de diversas juntas consultivas de contratación administrativa. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas se ha pronunciado sobre esta cuestión en los informes 69/08, de 31 de marzo de 2009; 16/09, de 31 de marzo de 2009; 1/09, de 25 de septiembre de 2009, y 57/09, de 1 de febrero de 2010.

En el informe 69/08 analizó el artículo 74 de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente, artículo 86 del TRLCSP) y manifestó lo siguiente:

[...] la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza sino impedir el fraude de ley tendente a evitar la aplicación de los preceptos que regulan los procedimientos abierto o negociado o las exigencias de publicidad en



el Diario Oficial de la Unión Europea. Por ello, no debe interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no sólo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma independiente.

[...]

3. La idea fundamental, así pues, que debe regir la posibilidad o no de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí deberá ser la idea de si constituyen una unidad operativa o funcional, es decir si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato.

Fuera de estos casos la contratación por separado de prestaciones que puedan guardar alguna relación entre sí no deberá ser considerada como fraccionamiento del contrato, como tampoco deberá considerarse vetado por la Ley el fraccionamiento del objeto del contrato en todos aquellos casos en que no origine alteración de las normas relativas a los procedimientos de adjudicación que deben aplicarse ni a las normas de publicidad.

La Junta Consultiva concluyó que existe fraccionamiento del objeto del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contratan por separado constituyen por sí mismas una unidad funcional y, por tanto, no son susceptibles de utilización o aprovechamiento por separado. Este criterio se ha mantenido en los informes posteriores que se han mencionado.

3. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears también se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el fraccionamiento del objeto de los contratos, como por ejemplo en el Informe 1/2009, de 30 de julio, y, más recientemente en el Informe 4/2010, de 29 de octubre, a los que nos remitimos para una explicación más detallada sobre esta cuestión. Cabe destacar el Informe 4/2010, en el que se manifestó lo siguiente:

En este Informe [en referencia al Informe 1/2009, de 30 de julio, de esta Junta Consultiva] se señala que no se pueden contratar de manera separada, mediante expedientes independientes, las prestaciones que por razón de su naturaleza deberían integrarse en un único objeto o que, consideradas conjuntamente, forman una unidad funcional. Hacerlo puede implicar eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, además de dificultar o imposibilitar la libre competencia, en el caso, por ejemplo, de



fraccionamiento del objeto de un contrato en diferentes contratos menores o negociados sin publicidad. Además, se afirma que se puede hablar de fraccionamiento cuando razonablemente pueda preverse que la prestación objeto del contrato se debe mantener durante un determinado período que excede del plazo de ejecución o de la duración máximos previstos al inicio de la contratación.

En este sentido, la existencia de diversos contratos menores, tramitados simultánea o consecutivamente, que tienen por objeto diversas prestaciones que, consideradas en su conjunto, forman una unidad operativa o funcional, puede ser un indicio de que se ha fraccionado un contrato indebidamente —y esto es así con independencia de que el adjudicatario sea diferente en cada contrato, dado que lo que se fracciona es el objeto del contrato—. Ello no obstante, como se ha dicho, este hecho es un mero indicio que debe ser objeto de un análisis más detallado.

Ciertamente, en principio y con carácter general, se podría considerar que un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación de este contrato, tiene conocimiento cierto —o podría tenerlo, si se aplicasen los principios de programación y buena gestión— de la necesidad de contratar una prestación determinada de carácter o naturaleza unitarios, perfectamente definida, cuyas características esenciales no pueden variar de manera sustancial, que se tiene que llevar a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo, y, aún así, tramitase diferentes contratos menores y eludiese las normas más exigentes de publicidad y procedimiento.

En otros casos, el contrato menor podría considerarse ajustado a Derecho, pese a que es aconsejable cumplir, más allá de lo que exige la Ley, los principios de publicidad y concurrencia.

En definitiva, corresponde al órgano de contratación programar adecuadamente el gasto público y valorar el contenido de la prestación que se tiene que contratar y las circunstancias presentes en cada caso, para tomar, a continuación, la decisión más adecuada.

Así pues, corresponde al órgano de contratación programar adecuadamente el gasto público y determinar si las prestaciones que tienen que contratarse son susceptibles de utilización separada o si constituyen por sí mismas una unidad funcional y, por tanto, deben integrarse en un único objeto, teniendo en cuenta el conjunto de criterios interpretativos que se mencionan en estos informes y las circunstancias de cada caso.



Conclusiones

1. El Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público prohíbe el fraccionamiento del objeto del contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.
2. Existe fraccionamiento del objeto del contrato cuando se contratan de manera separada, mediante expedientes independientes, prestaciones que por razón de su naturaleza tendrían que integrarse en un único objeto o que, consideradas conjuntamente, forman una unidad funcional, sin perjuicio de la posibilidad de dividir el contrato en lotes de conformidad con el artículo 86.3 del Texto refundido.