



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 29 d'octubre de 2010

Informe 4/2010, de 29 d'octubre. Contractes menors. Principis generals de la contractació. Fraccionament de l'objecte d'un contracte

Antecedents

1. El batle de l'Ajuntament d'Alcúdia ha formulat la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

Conformement amb allò que preveu la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la comunitat autònoma de les Illes Balears, adjunt us trasllat sol·licitud d'emissió d'informe relatiu a consulta sobre la possible contravenció de normativa sobre contractes menors.

A la present sol·licitud s'hi adjunta el preceptiu informe jurídic.

En l'informe jurídic hi consta l'enunciació dels dubtes en els termes següents:

- a) El fet que s'esdevengui una prestació continuada en el temps, exercici rere exercici, amb una duració inferior a un any en cadascun d'aquests, implica una contravenció al límit de duració màxim d'un any que per als contractes menors estableix l'article 22.3 de l'LCSP?
- b) Pot variar la resposta si canvia l'empresa contractista?

2. El batle de l'Ajuntament d'Alcúdia està legitimat per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació, de conformitat amb la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. A l'escrit s'adjunta un informe jurídic, d'acord amb l'article 16.3 del Reglament. Per tant, es compleixen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta no especifica quin és el dubte jurídic o interpretatiu que motiva la sol·licitud d'emissió d'informe, sinó que es limita a assenyalar que la



consulta fa referència a la possible contravenció de la normativa sobre contractes menors. És en l'informe jurídic amb què s'acompanya l'escrit en què es concreta l'objecte de la consulta.

Concretament, amb motiu de la tramitació d'un contracte menor, es plantegen dues qüestions: la primera fa referència a la possibilitat que l'objecte d'un contracte, que s'ha tramitat com a contracte menor, es repeteixi en successives anualitats, i si això suposa una contravenció del límit de durada màxima d'un any dels contractes menors que preveu l'article 23.3 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, l'LCSP). La segona qüestió que es planteja és si el fet que l'adjudicatari del contracte sigui diferent en cada anualitat pot fer variar la resposta a la primera qüestió.

2. La Llei de contractes del sector públic, igualment que les lleis de contractes precedents, preveu la figura dels contractes menors, que es defineixen exclusivament per raó de la quantia.

D'acord amb l'article 122.3 de l'LCSP, es consideren contractes menors els contractes d'un import inferior a 50.000 euros, quan es tracti de contractes d'obres, o a 18.000 euros, quan es tracti d'altres contractes, sens perjudici del que disposa l'article 190 en relació amb les obres, els serveis i els subministraments centralitzats en l'àmbit estatal.

Aquestes quanties, d'acord amb l'apartat 2 de la disposició final setena de la Llei, tenen la consideració de màximes.

No obstant això, la disposició addicional dotzena, que conté normes especials per a la contractació de l'accés a bases de dades i la subscripció a publicacions, preveu una nova categoria de contractes menors, atès que estableix que la subscripció a revistes i altres publicacions, sigui quin en sigui el suport, com també la contractació de l'accés a la informació continguda en bases de dades especialitzades, es poden efectuar, sigui quina en sigui la quantia, sempre que no tinguin el caràcter de contractes subjectes a regulació harmonitzada, d'acord amb les normes que estableix la Llei per als contractes menors i amb subjecció a les condicions generals que apliquin els proveïdors, incloent-hi les referides a les fórmules de pagament.

3. Els contractes menors es poden adjudicar directament a qualsevol empresari amb capacitat d'actuar i que disposi de l'habilitació professional necessària per dur a terme la prestació, tal com estableix l'article 122.3 de l'LCSP, sempre que



es compleixin les normes relatives a l'expedient de contractació que conté l'article 95.

D'acord amb l'apartat primer de l'article 95, que té caràcter bàsic, la tramitació de l'expedient només exigeix l'aprovació de la despesa i la incorporació a aquest de la factura corresponent, que ha de complir els requisits adequats. Aquestes exigències per al contracte menor tenen la consideració de mínimes d'acord amb l'apartat 2 de la disposició final setena de la Llei, per la qual cosa les comunitats autònomes podrien desplegar la regulació i augmentar els requisits per a la tramitació d'un contracte menor. Fins i tot, podrien rebaixar el límit quantitatiu dels contractes menors.

L'apartat 2 de l'article 95, que té caràcter no bàsic, afegeix nous requeriments per al contracte menor d'obres, en què s'ha d'afegir, a més, el pressupost de les obres, sens perjudici que hagi d'haver-hi el projecte corresponent quan ho requereixin normes específiques i que s'hagi de sol·licitar un informe de supervisió quan el treball afecti l'estabilitat, la seguretat o l'estanquitat de l'obra.

Els contractes menors, d'acord amb aquest article, com també amb els articles 28.2 i 140.2, no s'han de formalitzar necessàriament, sinó que cal entendre que la factura (o el comprovant o rebut, en determinats casos) fa de contracte, tal com indica l'article 72 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre.

Els contractes menors no poden tenir una durada superior a un any ni ser objecte de pròrroga, tal com estableix l'article 23.3 de la Llei. A més, d'acord amb l'article 77.2, no poden ser objecte de revisió de preus. L'objectiu d'aquestes previsions és incrementar la concurrència i la transparència.

4. La Llei de contractes del sector públic transposa a l'ordenament intern la Directiva 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis, i assenyala, en l'exposició de motius, que "la identificació de les disposicions lligades a les directives de contractació [...] permet emmarcar de manera nítida l'àmbit de regulació disponible per al legislador nacional, dins del respecte als principis i les disposicions del dret comunitari originari que determinen la submissió de tota la contractació pública, almenys, als principis de publicitat i concurrència". Per tant, de l'exposició de motius es dedueix que, en principi, els contractes que no estan sotmesos a les directives de contractació, han de subjectar-se, com a mínim, als



principis de publicitat i concurrència.

La Directiva 2004/18/CE està basada en la jurisprudència del Tribunal de Justícia, en particular la relativa als criteris d'adjudicació. Segons la Directiva, en l'adjudicació dels contractes s'han de respectar els principis del Tractat i, en particular, els principis de lliure circulació de mercaderies, la llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis, així com els principis que se'n deriven, com són el principi d'igualtat de tracte, de no-discriminació, de reconeixement mutu, de proporcionalitat i de transparència.

Aquesta Directiva respon a l'objectiu bàsic del dret comunitari d'assegurar la transparència, l'objectivitat i la no-discriminació en l'adjudicació dels contractes, amb la finalitat de garantir l'establiment del mercat interior i evitar que la competència resulti falsejada.

En el marc imposat pel dret comunitari, l'article 1 de l'LCSP estableix l'objecte i la finalitat de la Llei de contractes en els termes següents:

Aquesta Llei té per objecte regular la contractació del sector públic, a fi de garantir que s'ajusta als principis de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments, i no-discriminació i igualtat de tracte entre els candidats, i d'assegurar, en connexió amb l'objectiu d'estabilitat pressupostària i control de la despesa, una utilització eficient dels fons destinats a la realització d'obres, l'adquisició de béns i la contractació de serveis mitjançant l'exigència de la definició prèvia de les necessitats que s'han de satisfer, la salvaguarda de la lliure competència i la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa.

Per tant, d'acord amb aquest article, els principis generals de la contractació (principis de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments, i no-discriminació i igualtat de tracte entre els candidats) són d'aplicació a tota la contractació pública, de manera que es pot entendre que la no-aplicació d'aquests principis té caràcter excepcional, tot i que la mateixa configuració del procediment d'adjudicació dels contractes menors no permet evidenciar l'aplicabilitat d'aquests principis durant la seva tramitació.

Cal recordar que el dret comunitari en matèria de contractació no reconeix la figura del contracte menor en els termes en què ho fa la legislació espanyola, ni recull, entre els supòsits taxats d'utilització del procediment negociat, els que permeten en l'LCSP acudir a aquest procediment només per raó del seu valor.



No obstant això, la Comunicació interpretativa de la Comissió Europea sobre el dret comunitari aplicable en l'adjudicació de contractes no inclosos o parcialment inclosos en les directives sobre contractació pública, d'1 d'agost de 2006, estableix que en aquests contractes les entitats adjudicatòries han de complir les normes i els principis del Tractat CE (entre els quals figuren la lliure circulació de mercaderies, el dret d'establiment, la lliure prestació de serveis, la no-discriminació i la igualtat de tracte, la transparència, la proporcionalitat i el reconeixement mutu) i els criteris bàsics per a l'adjudicació de contractes públics que ha establert el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, i que es deriven directament dels principis del Tractat.

En un sentit similar s'ha pronunciat la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (entre d'altres, la sentència de 13 d'octubre de 2005, assumpte C-458/2003, *Parking Brixen*, i la sentència de 14 de juny de 2007, assumpte C-6/2005, *Medipac-Kazantzidis*).

5. A més de contenir els principis generals de la contractació pública, l'article 1 de l'LCSP esmenta, com a finalitats, l'eficiència en l'ús dels fons públics (que exigeix una definició prèvia de les necessitats que s'han de satisfer), la salvaguarda de la lliure competència i la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa.

Cal recordar que l'article 31.2 de la Constitució espanyola disposa que la programació i l'execució de la despesa pública ha de respondre a criteris d'eficiència i economia, és a dir, requereix una bona administració.

Per tant, el principi d'eficiència ha d'orientar l'adopció de decisions en matèria de contractació perquè les necessitats de l'administració es puguin satisfer amb menys fons públics.

En connexió amb l'eficiència en l'ús dels fons públics, l'article 22 de l'LCSP, a més d'indicar que només es poden subscriure els contractes que siguin necessaris per complir i dur a terme els fins institucionals de l'òrgan de contractació, disposa que abans de començar el procediment encaminat a l'adjudicació d'un contracte s'han de determinar amb precisió —i se n'ha de deixar constància en la documentació preparatòria— la naturalesa i l'extensió de les necessitats que pretenen cobrir-se mitjançant el contracte projectat, així com la idoneïtat del seu objecte i el contingut per satisfer-les.

Així doncs, és imprescindible, per a una bona gestió, programar adequadament i planificar amb antelació les actuacions que s'han de dur a terme, cosa que



permetrà als òrgans de contractació aconseguir les ofertes més avantatjoses. Això exigeix la definició prèvia de les necessitats que s'han de cobrir i, a continuació, l'elecció del tipus de contracte i del procediment adequats que s'ajustin a les normes i als principis que regulen la contractació. Es tracta, en definitiva, de gestionar els interessos públics amb una programació adequada.

El principi d'eficiència també és present en els contractes menors, atès que la tramitació és menys costosa que la tramitació d'un procediment negociat, obert o restringit.

Com veurem a continuació, en l'àmbit de la contractació pública, a més del principi d'eficiència, també té importància el principi d'eficàcia.

6. L'exposició de motius de l'LCSP assenyalava que la nova Llei efectua una revisió general de la regulació de la gestió contractual, a fi d'avançar en la seva simplificació i racionalització, i disminuir els costos i les càrregues que recauen sobre l'entitat contractant i els contractistes particulars. Pel que fa als procediments d'adjudicació, la nova Llei ha elevat les quanties que marquen els límits superiors dels procediments simplificats (procediment negociat i el corresponent als contractes menors).

Així doncs, tal com reconeix el legislador, els contractes menors suposen una simplificació substancial del procediment d'adjudicació dels contractes que tenen un import més baix, i permeten, en la pràctica, seleccionar lliurement al contractista.

La Llei els configura com a expedients que es justifiquen per raó de la seva naturalesa i de la quantia i que es redueixen a un procediment eficaç i molt simple, com a manifestació del principi d'eficàcia.

L'agilitat i la simplicitat en la tramitació d'aquests tipus d'expedients són, sens dubte, la causa de l'extensió de la seva utilització en la pràctica, situació que ha estat objecte de nombroses crítiques, principalment, per l'abús de la contractació menor i el fraccionament indegut dels contractes amb la finalitat d'eludir l'aplicació de la normativa contractual i la fiscalització.

Les crítiques a la figura del contracte menor posen de manifest que la simplificació del procediment de contractació en els contractes menors pot resultar difícil de conciliar amb els requisits i els principis que informen la contractació pública, i que l'existència d'aquesta figura presenta problemes de



compatibilitat amb el dret comunitari, atès que es podria considerar que no es respecten els principis generals de la contractació.

Atès tot això, cal considerar que els contractes menors són una eina útil que permet la simplificació del procediment de contractació en els casos en què la prestació que s'ha de contractar té un import baix i es pot executar en un termini breu (fins a un any), però s'hauria d'utilitzar amb caràcter excepcional.

De fet, res no impedeix que els òrgans de contractació donin publicitat als seus contractes menors per promoure la concurrència, i, que, amb aquesta finalitat, es publiquin anuncis en premsa o en el perfil de contractant i se sol·licitin pressuposts a diverses empreses, o es duguin a terme altres actuacions que permetin als possibles interessats tenir coneixement que l'òrgan de contractació necessita contractar una prestació. Fins i tot, des d'un punt de vista teòric, res no impedeix que, en virtut dels principis de publicitat i concurrència, sempre que sigui possible, se sotmeti a licitació pública la contractació de les prestacions l'import de les quals permet l'elecció de la tramitació com a contractes menors o, alternativament, es dugui a terme un procediment negociat sense publicitat.

Correspon a l'òrgan de contractació, tenint en compte la naturalesa del contracte, la competència i la conveniència per a l'interès general, escollir el procediment més adequat en cada cas. Aquest procediment pot ser, perquè així ho preveu la Llei, el corresponent als contractes menors, figura que permet simplificar el procediment de contractació. No obstant això, amb l'objectiu de millorar la gestió pública, és aconsellable ponderar els avantatges i els desavantatges que ofereix cada procediment i, sempre que sigui possible, escollir el que permeti respectar al màxim els principis generals de la contractació pública. En definitiva, s'ha de cercar un equilibri que permeti dur a terme una bona administració.

7. L'LCSP estableix, en l'article 74, que l'objecte del contracte ha de ser determinat i que no es pot fraccionar amb la finalitat de disminuir-ne la quantia, i eludir així els requisits de publicitat o els relatius al procediment que corresponguin, llevat que es pugui dividir en lots, de conformitat amb l'apartat 3 d'aquest precepte. La finalitat d'aquesta previsió és evitar el frau de llei.

Aquesta Junta Consultiva s'ha pronunciat en diverses ocasions sobre el fraccionament de l'objecte dels contractes, la més recent en l'Informe 1/2009, de 30 de juliol.



En aquest Informe s'assenyala que no es poden contractar de manera separada, mitjançant expedients independents, les prestacions que per raó de la seva naturalesa s'hagin d'integrar en un únic objecte o que, considerades conjuntament, formin una unitat funcional. Fer-ho pot implicar eludir els requisits de publicitat i els relatius al procediment d'adjudicació que correspongui, a més de dificultar o impossibilitar la lliure concurrència, en el cas, per exemple, de fraccionament de l'objecte d'un contracte en diferents contractes menors o negociats sense publicitat. A més, s'afirma que es pot parlar de fraccionament quan raonablement es pugui preveure que la prestació objecte del contracte s'ha de mantenir durant un determinat període que excedeix del termini d'execució o de la durada màxims prevists a l'inici de la contractació.

En aquest sentit, l'existència de diversos contractes menors, tramitats simultàniament o consecutivament, que tenen per objecte diverses prestacions que, considerades en el seu conjunt, formen una unitat operativa o funcional, pot ser un indicatiu del fet que s'ha fraccionat un contracte indegudament —i això és així amb independència que l'adjudicatari sigui diferent en cada contracte, atès que el que es fracciona és l'objecte del contracte. No obstant això, com s'ha dit, aquest fet és un mer indicatiu que ha de ser objecte d'una anàlisi més detallada.

Certament, en principi i amb caràcter general, es podria considerar que un contracte menor és contrari a dret si l'òrgan de contractació, en el moment d'iniciar la tramitació d'aquest contracte, té coneixement cert¹ —o en podria tenir, si s'aplicassin els principis de programació i bona gestió— de la necessitat de contractar una prestació determinada de caràcter o naturalesa unitaris, perfectament definida, les característiques essencials de la qual no poden variar de manera substancial, que s'ha de dur a terme necessàriament any rere any i que respon a una necessitat continuada en el temps, i, tot i així, tramitats diferents contractes menors i eludís les normes més exigents de publicitat i procediment.

Altrament, el contracte menor podria considerar-se ajustat a dret, tot i que és aconsellable complir, més enllà del que exigeix la Llei, els principis de publicitat i concurrència.

¹ L'òrgan de contractació pot tenir coneixement cert d'aquesta necessitat directament, perquè té la intenció de dur a terme la contractació o per l'existència d'un pla estratègic o d'un document planificador, o indirectament, per exemple, pel contingut de la memòria dels pressuposts generals.



En definitiva, correspon a l'òrgan de contractació programar adequadament la despesa pública i valorar el contingut de la prestació que s'ha de contractar i les circumstàncies presents en cada cas, per prendre, a continuació, la decisió més adequada.

Conclusions

1. En la tramitació dels contractes menors s'han de respectar les prescripcions de la Llei de contractes del sector públic i, per tant, aquests contractes no poden tenir una durada superior a un any ni poden ser el resultat del fraccionament de l'objecte d'un contracte. Per determinar si en el cas que es contracti, per mitjà d'un contracte menor, la mateixa prestació any rere any hi ha una vulneració de les normes que regulen la contractació cal tenir en compte les consideracions que s'han fet anteriorment i aplicar-les cas a cas.
2. El fraccionament de l'objecte d'un contracte es produeix amb independència que els contractes presumptament fraccionats s'hagin adjudicat a persones diferents.