



INFORME 1/2018, DE 11 DE ABRIL, SOBRE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS MENORES EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico de la Consejería de Educación e Investigación ha dirigido escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicitando emisión de informe sobre la cuestión planteada por la Directora General de Infraestructuras y Servicios de la citada Consejería, que ha sido planteada en los siguientes términos:

Mediante el presente escrito, de conformidad con los preceptos establecidos en los arts. 37 y siguientes del capítulo II del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en concreto según lo establecido en los artículos 38.2 y 48.1 del citado reglamento, se solicita que se eleve consulta para la posterior emisión del correspondiente informe, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, con respecto a la siguiente cuestión:

En relación con el art. 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuya entrada en vigor se producirá el próximo 9 de marzo, la exigencia de que debe justificarse en el expediente, para adjudicar un contrato menor de obras a una empresa, que esa empresa o contratista no ha suscrito más contratos menores de obras, ¿se interpreta en el marco sólo de un expediente de obra, referido a un objeto concreto? En definitiva, se trata de determinar si una empresa que ha sido adjudicataria de un contrato menor por el importe máximo legalmente establecido (inferior a 40.000 euros, sin IVA), si podría ser adjudicataria de otros contratos menores con objeto contractual distinto del contrato menor adjudicado, o, en caso contrario, si ya no podría adjudicársele ningún contrato menor más por el mismo órgano de contratación.

La presente consulta se justifica ante la inminente entrada en vigor de la LCSP 9/2017, el próximo 9 de marzo, y por tener una importante implicación práctica en la gestión administrativa la aplicación del art. 118.3 relativo a la celebración de contratos menores, cuestión que es fundamental aclarar lo antes posible para prever y planificar las actuaciones administrativas de contratación administrativa con la debida antelación.

CONSIDERACIONES

- 1.- La consulta plantea, respecto a la regulación de los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al Ordenamiento Jurídico Español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), si una empresa que ha sido adjudicataria de un contrato menor por el importe máximo legalmente establecido podría ser adjudicataria de otros contratos menores con objeto contractual distinto del contrato menor adjudicado o, en caso contrario, si ya no podría adjudicársele ningún contrato menor más por el mismo órgano de contratación.
- 2.- Con carácter previo, conviene precisar la naturaleza de la figura del contrato menor y los cambios introducidos por la LCSP en su regulación.

El Artículo 131 de la LCSP establece que el contrato menor es uno de los procedimientos de adjudicación de las Administraciones Públicas, determinando en su apartado 3 que podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118, que específicamente regula el expediente de contratación en contratos menores. De igual manera, el artículo 138.3 del derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), recogía el contrato menor como un procedimiento de adjudicación de las Administraciones públicas y remitía al cumplimiento de las normas que establecía el artículo 111 en su regulación del expediente de contratación en contratos menores.

En todo caso, se trata de un procedimiento de adjudicación de contratos de carácter excepcional cuya consideración viene determinada en función de su cuantía y que ha sido objeto de importantes modificaciones con la entrada en vigor de la nueva LCSP, que ha supuesto la disminución del importe para la consideración de contrato menor, la limitación de su ámbito objetivo, y el incremento de los requisitos que debe reunir el expediente de contratación en estos contratos. La nueva regulación afecta a los contratos menores que se celebren a partir del 9 de marzo de 2018, según lo previsto en la disposición final decimosexta de la LCSP y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 5 del código civil.

Son contratos menores los de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros cuando se trate de contratos de suministro o

de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con las obras, servicios y suministros centralizados, quedando por tanto reducido su ámbito objetivo únicamente a los contratos de obras, de suministro y de servicios. En cuanto a la tramitación del expediente se exige el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato, además de los requisitos que ya exigía el TRLCSP relativos a la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente con los requisitos reglamentariamente previstos, sin que tampoco hayan sufrido cambios las exigencias específicas para el contrato menor de obras. Una de las novedades más relevantes, y que además está suscitando más dudas, es la recogida en el apartado 3, al establecer que en el expediente habrá de justificarse que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que, individual o conjuntamente, superen las cifras indicadas en el apartado primero de dicho artículo. La comprobación del cumplimiento de esta regla es responsabilidad del órgano de contratación, quedando excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2º: cuando las obras, los suministros o los servicios menores solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, si el contrato tiene por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda de protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial.

Los contratos menores se perfeccionan con su adjudicación, como se desprende a sensu contrario de lo dispuesto en el artículo 36.1 de la LCSP, si bien entendida en un sentido no formalista puesto que no se les aplica lo dispuesto en los artículos 150 y 151 de la LCSP y no requieren de formalización ya que su existencia se acredita con los mencionados documentos que recoge el artículo 118 de la Ley. La resolución y notificación se efectuará por medios electrónicos, como prevé la disposición adicional decimoquinta y se publicarán al menos trimestralmente en el perfil de contratante, indicando como mínimo su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por adjudicatario. Asimismo se inscribirán en el Registro de Contratos de la Comunidad de Madrid, se incluirán en la relación anual que se remite a la Cámara de Cuentas para la fiscalización de los contratos celebrados, y se comunicarán al Registro de Contratos del Sector Público. No obstante, quedan exceptuados de publicidad, inscripción registral, remisión a la Cámara de Cuentas y comunicación al Registro de Contratos del Sector Público los contratos de importe inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.

Igualmente se mantiene la limitación en el plazo de duración de los contratos menores que también recogía el TRLCSP, en cuanto a que no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.

3.- Las novedades documentales que introduce el artículo 118 de la LCSP, y que se han de incorporar obligatoriamente en el expediente de contratación de los contratos menores, podrían concretarse en las siguientes justificaciones: motivación de la necesidad del contrato, no alteración del objeto para evitar las reglas generales de contratación, y no superación de las cuantías legales con el mismo contratista. Las mencionadas justificaciones pueden incluirse en documentos distintos o bien acumularse en dos o en uno solo. Por otra parte, aunque es innegable la necesaria intervención del órgano de contratación en el procedimiento de adjudicación de los contratos menores, es más discutible que documentos le correspondería suscribir.

El artículo 118.1 exige el informe del órgano de contratación motivando la necesidad, la literal alusión a informe parece presumir que se pueda efectuar por los servicios dependientes del órgano de contratación, puesto que las facultades que normalmente competen al órgano de contratación son de carácter decisorio y no informativo o justificativo, sin perjuicio de que en todo caso sus resoluciones deban ser motivadas.

No obstante, es innegable la necesaria intervención del órgano de contratación en el procedimiento de adjudicación de los contratos menores, puesto que de la nueva regulación se desprende una adjudicación, aunque no sea en sentido formal, y en el expediente además de motivar la necesidad del contrato, se ha de justificar la no alteración del objeto para evitar las reglas generales de contratación, y la no superación de las cuantías legales con el mismo contratista, debiendo comprobarse su cumplimiento por el órgano de contratación.

Los mencionados trámites pueden cumplimentarse en el expediente mediante la inclusión de diferentes documentos o bien acumularse en dos o en uno solo, considerando que si las nuevas justificaciones exigidas en la tramitación del expediente del contrato menor se sustentasen en un único documento o resolución debería ir firmado por el órgano de contratación, sin perjuicio de la aplicación de las normas de delegación o desconcentración de competencias que procedan.

4.- La aplicación del párrafo 3 del artículo 118, ha sido objeto de distintas interpretaciones y ha generado alguna duda en cuanto a su aplicación.

Procede abordar en primer lugar la cuestión relativa al ámbito objetivo de la regla establecida en el artículo 118.3 de la Ley 9/2017.

La justificación de que “el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”, sin indicar a qué contratos menores se refiere encierra importantes dudas interpretativas que no resuelve la literalidad del precepto.

Sobre esta cuestión ha habido pronunciamientos tanto de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (JCCAA) en su informe 3/2018, de 13 de febrero, como de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE), en sus informes 41/2017 y 42/2017, de 2 de marzo de 2018, con diferentes interpretaciones, lo que constata la falta de claridad que encierra el precepto analizado. La JCCAA considera que la regla de incompatibilidad descrita opera respecto de contratos menores de la misma tipología -obras, servicios y suministros- que pretendan adjudicarse de forma sucesiva, y la JCCPE, adopta un criterio de interpretación teleológica, al considerar que la citada regla sólo opera respecto de contratos menores que pretendan adjudicarse de forma sucesiva si sus prestaciones son cualitativamente iguales o forman una unidad funcional.

No obstante, incluso podrían plantearse otras interpretaciones más restrictivas, consistentes en considerar que la limitación introducida para los contratos menores por el artículo 118.3 de la LCSP por razón del contratista debería entenderse con independencia del objeto y características del contrato, de forma que la cifra máxima a que alude el precepto lo sea respecto a todos los contratos menores suscritos con el contratista, cualquiera que sea su tipología. Ahora bien, tal lectura del precepto podría chocar con la mención que en el mismo hace a la “cifra” máxima que está fijada para cada tipo de contrato, de donde bien puede deducirse que la imputación de los límites ha de hacerse en relación con los contratos de obras, servicios o suministros de forma independiente.

Expuesto lo anterior, esta Comisión Permanente considera que la interpretación jurídica que ha de darse al ámbito objetivo de la regla de incompatibilidad es la de considerar que la limitación cuantitativa descrita opera respecto de contratos menores de la misma tipología -obras, servicios y suministros- que pretendan adjudicarse de forma sucesiva.

En igual sentido se ha pronunciado la JCAA., en el informe citado con anterioridad al manifestar que: *Esta Junta considera que la regla de incompatibilidad que establece el art. 118.3 debe operar respecto de anteriores contratos menores de la misma tipología que aquél que pretenda adjudicarse de manera sucesiva. Es decir, respectivamente entre los contratos de obras, o de servicios o de suministros anteriormente adjudicados respecto al concreto contrato de obras, o de servicios o de suministros que pretenda adjudicarse. Puede presumirse que el objetivo de la nueva regulación de los contratos menores es prevenir su utilización para la cobertura de necesidades periódicas o recurrentes, que podrían satisfacerse mediante otros procedimientos de contratación si la necesaria planificación fuese adecuada. Esto está en línea con los pronunciamientos de diversos órganos consultivos o de control externo que, como el Tribunal de Cuentas en su informe núm. 1151/2016, de 27 de abril de 2016, de fiscalización de la contratación menor celebrada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, ejercicio 2013, recalca que no pueden utilizarse los contratos menores para atender necesidades periódicas y previsibles. El carácter recurrente de la necesidad se plasmará en objetos de los contratos idénticos o al menos similares, por lo que tiene pleno sentido que los límites cuantitativos para evitar ese uso abusivo de la contratación menor se apliquen separadamente para cada tipo contractual. En el mismo sentido va el indicio que cabe extraer del primer inciso del precepto estudiado, en el que se alude a la necesidad de una comprobación inicial de que no exista fraccionamiento del objeto del contrato, ya que en principio el fraccionamiento del objeto operaría entre contratos de la misma tipología. De este modo, la adjudicación previa de un contrato menor de obras por importe superior a 15.000 euros no sería obstáculo para la adjudicación al mismo operador económico de otros contratos de servicios -o de suministros hasta llegar a sumar esa cantidad-. De forma simétrica, el importe de un contrato anterior de servicios o de suministros no debería computar como parte de las cuantías con el límite conjunto de los 40.000 euros establecido en el art. 118.1 LCSP para los contratos menores de obras o, finalmente, de la misma manera que el importe de un contrato de servicios anterior tampoco «consumiría» parte o todo el límite de los 15.000 euros a que, como máximo, pueden ascender los contratos menores de suministros, y viceversa.*

La conclusión se alcanza, en definitiva, al entender que las nuevas justificaciones que exige el precepto se conectan no sólo con la prohibición de fraccionar los contratos, en particular, cuando se adjudican de forma sucesiva, lo que obliga a las entidades contratantes a realizar una adecuada labor de planificación -ex art. 28.4 de la LCSP-, sino también con la finalidad de promover la concurrencia y participación de los operadores económicos y, en consecuencia, restringir el recurso a la adjudicación directa, habida cuenta de la articulación de otros mecanismos ágiles de contratación que introduce la

nueva Ley 9/2017, con garantías de concurrencia frente al régimen de adjudicación directa (vid. Art. 159.6 de la LCSP, procedimiento abierto simplificado).

En efecto, la interpretación que sostenemos permite, en primer lugar, vincular la aplicación del precepto con la finalidad de evitar el fraccionamiento de los contratos, proscrito por el artículo 99.2 de la LCSP, al señalar que “no podrá fraccionarse un 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 corresponden”.

En este sentido, a nuestro juicio, la primera de las reglas que ha de comprobar el órgano de contratación -justificar que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación- se orienta a evitar el fraccionamiento de los contratos, salvo en el caso de su división en lotes, y esta previsión sería ya suficiente para el cumplimiento de tal objetivo. Téngase en cuenta que la prohibición de fraccionamiento en los contratos ya se recogía en el artículo 86 del TRLCSP, si bien ahora la ley da un paso más y obliga al órgano de contratación a justificar este extremo.

Por ello, al exigir adicionalmente la Ley que el órgano de contratación compruebe también que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el art. 118.1 de la LCSP, bien puede considerarse que encierra una finalidad añadida, manifestada tanto en el preámbulo de la Ley -mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos- como en el artículo 132 de la LCSP, en el que se recogen los principios de igualdad, transparencia y libre competencia.

En particular, el artículo 132.2 de la LCSP dispone que “la contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios”.

Por lo expuesto, esta Comisión Permanente considera que la interpretación que se acomoda a los criterios sistemáticos y teleológicos que han de tenerse en cuenta (art. 3.1 del Código Civil), es considerar que la regla de incompatibilidad ha de ir referida a cada tipo de contrato, por ser la interpretación más acorde con la promoción de la concurrencia y la restricción de las adjudicaciones directas, además de con el resto de finalidades indicadas en el informe de la JCAA.

5.- Tampoco aclara el citado artículo 118.3 el período temporal a que se refiere la prohibición de no superar las cuantías del contrato menor con un mismo empresario. No obstante, resulta adecuado considerar que ha de referirse a un año, puesto que el artículo 29.8 de la LCSP (y anteriormente el artículo 23.3 del TRLCSP) establece que el contrato menor no podrá tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga, por lo que este período puede servir de referencia para la interpretación de lo dispuesto en el apartado 3 del citado artículo 118. En cuanto al cómputo del periodo anual lo más eficaz, así como susceptible de comprobación, es tomar como referencia el ejercicio presupuestario, en apoyo de esta consideración se puede citar lo que dispone el artículo 28.4 de la LCSP, relativo a la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación, dado que prevé que las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales, asimismo tanto la fiscalización externa de las contrataciones como las comunicaciones y publicaciones atienden al ejercicio presupuestario anual.

Por tanto, el periodo temporal a que alude el citado artículo 118.3 ha de ser el de un año, referido a la anualidad o ejercicio presupuestario correspondiente, pues si se optase por referirlo al periodo comprendido entre la fecha de adjudicación de un determinado contrato menor a un empresario y el siguiente a ese mismo empresario, resultaría sumamente complejo el control de todos los contratos menores suscritos, al no estar referidos a un período común a todos ellos, y no se atendería a la regla general de programación de la actividad de contratación pública por parte de las entidades del sector público.

En igual sentido, el informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón concluye a este respecto que: “La incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el art. 118.1 subsistirá durante el ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad”.

6.- Sin perjuicio de lo indicado en los apartados anteriores, hay que mencionar que por ser el contrato menor un procedimiento de adjudicación de contratos de carácter excepcional, su utilización debe restringirse para los supuestos en que se precise, de manera puntual y concreta, contratar una obra, suministro o servicio, por un importe que no supere el establecido legalmente, pero no es una figura apropiada para contratar prestaciones que se precisen regularmente o con cierta periodicidad, para lo cual existen otras figuras más apropiadas en la legislación de contratos públicos, destacando en la

LCSP el nuevo procedimiento abierto simplificado, con su variedad abreviada cuando los importes no superen determinadas cuantías.

CONCLUSIONES

- 1.- La regla de incompatibilidad descrita en el artículo 118.3 de la LCSP opera respecto de contratos menores de la misma tipología -obras, servicios y suministros- que pretendan adjudicarse de forma sucesiva.
- 2.- Las limitaciones relativas a las cuantías de los distintos tipos de contratos menores se refieren a cada uno de los órganos de contratación de la Administración contratante, por lo que deberán ser éstos quienes arbitren las medidas destinadas a efectuar la comprobación indicada en el artículo 118.3 de la LCSP.
- 3.- El período temporal a que se refiere la prohibición de no superar las cuantías del contrato menor con un mismo empresario ha de entenderse referido a la anualidad o ejercicio presupuestario correspondiente.