

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ Palau, 12 -3ª planta
46001 VALÈNCIA
Tel.: 961 613072
Correo: secretaria_JSCA@gva.es

Ref .: SUB/SCC/mvt-asm
Asunto : Informe 4/2018

INFORME 4/2018, DE 15 DE JUNIO 2018 . DIVERSAS CUESTIONES DE INTERPRETACIÓN DEL ART. 118 DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN RELACIÓN CON LA CONTRATACIÓN MENOR.

ANTECEDENTES

En fecha 24 de abril de 2018, ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ajuntament de Xirivella, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“ASUNTO: CONSULTA FORMULADA SOBRE LA REGULACIÓN DEL EXPEDIENTE DE 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.

En base a lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación de la Generalitat Valenciana, se solicita, como mejor proceda en Derecho, la emisión de informe en relación a lo siguiente:

Con motivo de la entrada en vigor de 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, en adelante, LCSP 2017, el próximo 09 de marzo de 2.018, en esta Administración se están suscitando una serie de dudas sobre el régimen del contrato menor, tal y como está planteado en la nueva norma.

Así, el tenor literal del artículo 118 de la LCSP 2017 regula el expediente del contrato menor en los siguientes términos:

“1. Se consideran contratos menores los contratos 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 el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

3. En el expediente se justificará 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 la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º

4. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.”

Como puede apreciarse, la regulación de lo que es el expediente del contrato menor cambia sustancialmente, ya que el art. 111 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante, TRLCSP, señalaba en su apartado primero que "En los contratos menores definidos en el artículo 138.3, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan."

En ese sentido, si bien el art. 22 del TRLCSP ya exigía la motivación de la necesidad del contrato, dicha previsión quebraba en la tramitación tasada del contrato menor, en la que el art. 111 del TRLCSP



señalaba claramente qué trámites preceptivos debían respetarse para adjudicar un contrato menor.

Asimismo, el art. 72.4 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas preveía que "Podrán celebrarse diversos contratos menores que se identifiquen por el mismo tipo de prestaciones cuando estén referidos a un gasto de carácter genérico aprobado, que en ningún caso podrá superar, respecto de cada tipo de contrato, los importes fijados en los artículos 121, 176 y 201 de la Ley. En tal supuesto, el importe conjunto de los mismos no podrá superar el gasto autorizado."

Por tanto, hemos pasado de una tramitación en la que la factura hacia las veces del contrato menor como tal, a los efectos de entender tramitado el expediente administrativo (sin que ello signifique que se estaba realizando una contratación verbal), a una tramitación en la nueva LCSP en la que se prevé expresamente que la tramitación del contrato menor exige el informe de necesidad por parte del órgano de contratación, mas la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente.

Dicha tramitación parece implicar, pues, que ya no cabe la tramitación mediante aprobación de factura, a modo ADO, para adjudicar contratos menores, a no ser que en dicho acto administrativo de aprobación de la factura, a su vez, se emitan los informes de necesidad a los que se refiere el art. 118 LCSP 2017.

En otro orden, a la hora de analizar si se produce o no un fraccionamiento del objeto del contrato, el art. 118 LCSP 2017 no establece período de referencia, como tampoco lo hace el resto del articulado.

Así, es cierto que la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos, prevé en su art. 73.6 que "Ninguna empresa o profesional podrán ser adjudicatarios dentro de la misma administración contratante y durante un mismo ejercicio presupuestario de un número de contratos adjudicados mediante factura o factura con reserva de crédito cuya cuantía acumulada sea superior a 80.000 euros, IVA excluido, en obras, y 30.000 euros, IVA excluido, en el resto de contratos. ", redacción que podría tomarse como punto de referencia, a modo de analogía, pero nada dice la norma estatal aplicable por razón de la materia al respecto.

Por su parte, el art. 62.1 de la LCSP 2017 ahora prevé, con carácter obligatorio, sin distinguir tipos contractuales ni procedimientos, que debe designarse un responsable de cada contrato.

Dicha regulación va a suponer serios problemas en la aplicación práctica del citado régimen jurídico, por cuanto se plantean las siguientes dudas, respecto de las cuales agradeceríamos que nos ofrecieran respuesta:

1.- En aquellos supuestos en los cuales se ha presentado por Registro de Entrada del Ayuntamiento una factura relativa a una prestación propia de ser incardinada en un contrato menor, ¿Debe incorporar necesariamente informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato? ¿Deben designarse obligatoriamente responsables del contrato para cada contrato menor? ¿Cómo se conjuga la presentación de una factura con la obligación de designar obligatoriamente un responsable del contrato en los contratos menores?

¿Con el tenor literal del art. 118.1 de la LCSP 2017, ya no cabe la tramitación mediante aprobación de factura, a modo ADO, para adjudicar contratos menores? ¿O en la resolución que apruebe el ADO deberá incluirse, a su vez, una referencia a los informes del órgano de contratación?

2.- A la hora de apreciar que no se está produciendo un fraccionamiento del objeto del contrato, según el tenor literal del apartado tercero del art. 118 de la LCSP 2017:

2.1.- ¿Qué periodo debe entenderse como referencia para apreciar que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero del art. 118 de la LCSP 2017? ¿Un año natural (que puede abarcar dos ejercicios presupuestarios)? ¿Un ejercicio presupuestario? ¿Algún otro período (dos años, dos ejercicios, tres años, etc) ?

2.2.- El matiz del art. 118.3 de la LCSP 2017 que señala "(...) 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", ¿Debe entenderse referido a cualquier calificación de contrato, esto es, que un contratista haya sido adjudicatario de contratos de obras, servicios y/o suministros, o dicha limitación opera respecto a cada tipo contractual? ¿O a cada objeto contractual?



2.3.- ¿La limitación antes referida recogida en el art. 118.3 LCSP 2017 se entiende respecto a ese órgano de contratación (Alcalde respecto a sus contratos, concejalía delegada respecto a los suyos, Junta de Gobierno Local respecto a los suyos y Pleno respecto a los suyos) o respecto a la Administración contratante (Ayuntamiento en conjunto)?.

Agradeceríamos respuesta a las cuestiones formuladas y a las que puedan suscitarse del tenor de la consulta formulada, emitiendo informe, con carácter de urgencia, dada la próxima entrada en vigor de la citada norma, y en aras de unificar criterios para todos los Ayuntamientos del ámbito territorial de la Comunitat Valenciana, de conformidad con lo previsto en el art. 15.2 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación de la Generalitat Valenciana.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Incoherencia e in adecuación de una interpretación literal del artículo 118.3 de la Ley.

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, (en lo sucesivo LCSP), ha supuesto un cambio radical de la regulación anterior que no solo no resuelve las imprecisiones que esta contenía en la norma a la que esta Ley ha sustituido --o los problemas que su aplicación generaba-- sino que añade bastantes más. Una prueba de ello es la multiplicidad de informes emitidos por los órganos consultivos del Estado y de varias comunidades autónomas, algunos de ellos dispares entre sí, tratando de interpretar el artículo 118 de la LCSP y de llenar los vacíos dejados por éste.

De la lectura del precepto anterior y de todos los informes interpretativos emitidos hasta el momento sobre la nueva regulación de los contratos menores solo puede extraerse una conclusión previa común: que una interpretación literal de la regla contenida en el apartado 3 del artículo 118 de la LCSP equivaldría prácticamente a la imposibilidad de utilizar esa figura contractual, salvo excepcionalmente, pues si se considera la circunstancia de que el legislador no ha querido establecer

límites temporales, objetivos y subjetivos o territoriales de ningún tipo a la restricción impuesta para poder adjudicar a un contratista un contrato menor, una interpretación literal de la norma nos llevaría a la conclusión de que una vez que una empresa sea --o haya sido-- adjudicataria de algún contrato menor de cualquier administración pública española, nunca más podrá ser adjudicataria de otro si al serlo supera el importe establecido como umbral en el artículo 118.1 de la LCSP. Y como, por otra parte, es imposible o muy difícil que un órgano de contratación concreto pueda cumplir la obligación que establece el 118.3 de “comprobar” el cumplimiento de dicha limitación, habría que concluir igualmente que no es posible utilizar la figura del contrato menor con la suficiente seguridad jurídica de no estar vulnerando la ley.

Las anterior consideración es necesaria para advertir, en primer lugar, que el presente informe no hará sino aportar una interpretación más, en gran parte coincidente con las que ya han efectuado otros órganos consultivos, dirigida a facilitar a los órganos de contratación la aplicación de las normas citadas de una forma compatible y coherente con las restantes normas de la propia LCSP y con la finalidad perseguida por el legislador, partiendo de que el cumplimiento de tales normas ha de ser, además, viable.

2. Documentación necesaria para la tramitación del expediente del contrato menor.

Entrando en la primera de las cuestiones planteadas en la consulta formulada por el Ayuntamiento de Xirivella, ha de señalarse que la tramitación de los contratos menores es una de las regulaciones que han cambiado con la entrada en vigor de la LCSP y que, efectivamente, para ello ya no basta la factura y la aprobación del gasto o, cuando se trate de obras, estas además de la memoria valorada de las obras. En este aspecto no caben interpretaciones porque en la ley no hay lagunas ni omisiones que lo justifiquen y los apartados 1 y 3 del artículo 118 tienen carácter básico y, por tanto, debe darse estricto cumplimiento a lo en ellos dispuesto: además de la aprobación del gasto y la factura, es necesario el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato y ha de justificarse en el expediente que no se está alterando el objeto del contrato para evitar los principios de la contratación pública, así como la circunstancia de que el contratista no se encuentra en el supuesto previsto en el artículo 118.3, si bien esta última deberá apreciarse de forma razonable, transparente y conforme a dichos principios, como se expondrá en el presente informe al analizar las siguientes cuestiones.



3. Período temporal al que debe entenderse referida la incompatibilidad prevista en el artículo 118.3 de la LCSP.

La segunda cuestión planteada es la referida al período que ha de tomarse como referencia para considerar que el contratista al que se pretende adjudicar un contrato menor no ha suscrito otros contratos menores que individual o conjuntamente superen el importe establecido en el artículo 118.1, según se trate de contratos de obras, de suministros o de servicios. En este caso, esta Junta, igual que todos los órganos consultivos que se han pronunciado hasta el momento, entiende que en defecto de lo que en su caso establezcan futuras normas reglamentarias dictadas en desarrollo de la Ley tal restricción debe tenerse por impuesta dentro de un ámbito tanto temporal, como subjetivo u orgánico y objetivo o funcional, dado que no tendría eficacia alguna si se pretendiera ilimitada en cualquiera de estos aspectos.

Por lo que se refiere al ámbito temporal de la prohibición de que un mismo contratista pueda resultar adjudicatario de contratos menores cuyo importe acumulado supere el importe de los umbrales establecidos en el artículo 118.1 de la LCSP, esta Junta comparte el criterio general de los órganos consultivos que se han pronunciado sobre esta cuestión y que toma como referencia el período anual. Sin embargo, dentro de ese criterio general, caben al menos dos interpretaciones posibles: que dicho período venga referido al año natural anterior a la adjudicación de cada contrato menor o que venga referido al ejercicio presupuestario en que se adjudica cada contrato menor. Los órganos consultivos que se han pronunciado sobre esta cuestión lo han hecho de forma diferente y ambas opciones han tenido su aceptación, lo que debe tenerse en cuenta aunque no es objeto del presente informe objetar o apoyar los criterios o razones que en cada caso se han argumentado, sino tratar de dilucidar cuál de ellas es más adecuada a los intereses generales o públicos afectados habida cuenta de que ambas interpretaciones son igual de congruentes con lo dispuesto en la norma legal.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 3/2018, de 13 de febrero, concluyó 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.*

En cambio, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe 5/2018, concluye que *la aplicación del artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público supone que la limitación en él descrita, (...) debe asimismo valorarse teniendo en cuenta los contratos menores realizados conforme a la normativa precedente en el plazo del año inmediatamente anterior a la aprobación del gasto del nuevo contrato que ya está sujeto a la ley de 2017, sin que esto suponga la aplicación retroactiva de la nueva ley a los contratos anteriores. Anteriormente, en su Informe 41/2017 ya había señalado que a su juicio tal límite temporal debe ser el que la propia ley marca en el artículo 29 respecto de la duración de los contratos menores. De esta manera, por encima de este periodo de un año, la prevención que se establece en la norma resultaría inaplicable fuera de los supuestos en que, a pesar del tiempo transcurrido, existiese un auténtico fraude. Bajo este criterio, por tanto, si la separación entre los contratos menores excede de un año, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una mayor justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor. Finalmente, cabe señalar que este plazo debe contarse desde el momento de la aprobación del gasto a que se alude en el mismo artículo 118. Otra opción, como el cómputo por año natural no tendría mucho sentido para los contratos ejecutados al final del mismo y se trataría de una opción convencional y menos segura jurídicamente.*

Por su parte, la Junta de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Informe 1/2018, de 11 de abril, considera que *en cuanto al cómputo del periodo anual lo más eficaz, así como susceptible de comprobación, es tomar como referencia el ejercicio presupuestario y concluye en consecuencia que 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.*

En un sentido análogo, el Informe 1/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de la Generalitat de Catalunya concluye que *el període anual que cal entendre com a àmbit temporal aplicable a la limitació de subscriure un determinat volum de contractes menors amb una mateixa empresa contractista, es considera convenient computar-lo per exercici pressupostari, tant amb la finalitat de permetre el control del compliment de dita limitació –que a Catalunya s’afegeix a l’establerta en l’article 159 de la Llei 5/2017, del 28 de març, de mesures fiscals, administratives, financeres i del sector públic–, com per ser aquesta la base sobre la qual les entitats del sector públic han*



d'efectuar la programació de la seva contractació.

Por último, la Junta Consultiva de la Comunidad de Galicia, en su Informe 1/2018, de 25 de abril de 2018, sobre interpretación del apartado 3º del art. 118 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, destaca que si se acude a las reglas de cálculo de valor estimado para fundamentar un criterio sobre esta cuestión, *el artículo 101.10 de la LCSP, relativo al cálculo del valor estimado, permite optar para el cálculo del valor estimado entre dos magnitudes, básicamente, el valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos; o el valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega. Como indica el artículo 101.4, “la elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de substraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan”.* Y ante dicha opción, el órgano consultivo de la Comunidad de Galicia concluye que, *con carácter general, parece adecuado que el período temporal que debe tener en cuenta la Administración y las entidades del sector público sea el ejercicio presupuestario.*

En el transcurso del periodo anual de un ejercicio presupuestario ambas interpretaciones conducen al mismo resultado: en ambos casos, sin licitación pública, ninguna empresa podrá ser adjudicataria durante dicho periodo de contratos menores que individual o acumuladamente superen el umbral establecido como límite en el art. 118.1 de la LCSP. Sin embargo, la exigencia adicional de que en el momento de contratar se computen los contratos menores tenidos con el contratista desde un año antes a la aprobación de una nueva contratación menor para determinar el cumplimiento de esa limitación, añade una restricción adicional que en nada mejora el cumplimiento de los principios de la contratación pública que se tratan de proteger y, en cambio, dificulta su comprobación y puede crear inconvenientes y perjuicios al interés público al limitar la posibilidad de utilizar el contrato menor en función de las necesidades reales apreciadas por el órgano de contratación. Téngase en cuenta que los contratos menores se definen objetivamente por la cuantía y, pese a su menor importancia, el órgano de contratación puede promover una concurrencia adecuada y proporcionada a dicha circunstancia y adjudicarlo previa consulta a varias empresas antes de seleccionar la adjudicataria. De ese modo, un órgano de contratación puede haber efectuado una contratación menor con un contratista en el segundo semestre de un ejercicio presupuestario y, antes de que transcurra un año natural, precisar volver a contratar otro contrato menor en el ejercicio siguiente para el cual el mismo

contratista puede estar capacitado y formular la mejor oferta al ser consultado.

En consecuencia, respecto al período que debe tomarse como referencia para apreciar el cumplimiento de la limitación establecida en el apartado 1 del artículo 118 de la LCSP, en relación con su apartado 1, esta Junta entiende que puede y debe considerarse más adecuado y conveniente al interés general el período correspondiente a cada ejercicio presupuestario para computar los contratos menores adjudicados a un determinado contratista, dado que este criterio se adapta mejor a la diversidad de situaciones que pueden darse en la gestión cotidiana y, además, facilita su comprobación por los órganos encargados de la fiscalización de las cuentas públicas, rendidas y contabilizadas siempre por ejercicios presupuestarios.

4. Clase y objeto del contrato sobre el que recae la limitación del artículo 118.3 de la LCSP

Menos polémica ha suscitado la tercera cuestión planteada en la consulta formulada por el Ayuntamiento de Xirivella, relativa a si la limitación de adjudicar directamente contratos menores a un mismo contratista debe entenderse formulada globalmente independientemente de su objeto, o bien referida a cada tipo de contratos o referida a contratos cuyo objeto sea coincidente, similar, complementario o análogo.

Respecto a esta cuestión, esta Junta y todos los órganos consultivos que se han pronunciado sobre ella coinciden en que el artículo 118.3 de la LCSP debe interpretarse atendiendo a todo su contenido y en su contexto. La finalidad de dicha norma es, como el propio precepto señala, evitar que se altere el objeto del contrato para eludir las reglas generales de contratación, que no son otras que las normas que aseguran los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos de contratación, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, libertad de acceso a la contratación pública y eficiencia en la utilización de los fondos públicos destinados a realización de obras o a la adquisición de bienes y servicios.

Por tipos de contrato, a esta Junta no le cabe la menor duda de que los límites establecidos en el artículo 118.3, en relación con los umbrales del artículo 118.1, deben entenderse establecidos para cada uno de los tipos de contrato ya que no tendría sentido entenderlo de otra forma. Puede haber alguna duda en el caso de contratos mixtos de obras y servicios o de obras y suministros pero en ese



caso basta con aplicar los criterios establecidos en el artículo 18 de la LCSP. Sin embargo, la cuestión esencial no es ésta, sino que el precepto ha de entenderse como una prohibición de adjudicar directamente a un mismo contratista, sin licitación pública, prestaciones fragmentadas o sucesivas cuando dichas prestaciones constituyen una unidad que podrían ser objeto de licitación pública o podrían constituir la si se aplicaran criterios de eficiencia y transparencia.

En relación con esta cuestión de los requisitos establecidos en el artículo 118.3 de la LCSP, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el ya citado Informe 41/2017, se pronunciaba en los términos siguientes:

(...) es menester acudir a otros criterios de interpretación de los contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil y, entre ellos, en este caso en particular al espíritu y finalidad que la norma descrita persigue en su conjunto. Bajo esta premisa parece claro que la interpretación separada de los dos requisitos que cita el precepto conduce al absurdo, tal como hemos expuesto, de modo que procedería considerar ambas condiciones como cumulativas y conectadas con un fin último coincidente. Como hemos visto, tal fin es precisamente la proscripción de la división arbitraria del contrato con la finalidad de defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor, lo que resulta plenamente congruente con el contenido de la segunda condición que venimos tratando en la medida en que la forma habitual de fraude consiste, en este caso, en la realización sucesiva de contratos menores con el mismo objeto exactamente, esto es, refiriéndose a un contrato que debió ser tratado como una unidad tanto en el aspecto económico como en el aspecto jurídico.

Esta interpretación permite lograr con facilidad la finalidad perseguida por la norma, pero impide que un excesivo rigorismo en su interpretación conduzca a resultados tales como la imposibilidad de ejecutar sucesivos contratos menores por parte de un operador económico en varios supuestos:

- cuando sus objetos sean cualitativamente distintos o

- cuando, siendo las prestaciones que constituyen su objeto equivalentes, no haya duda alguna de que no constituyen una unidad de ejecución en lo económico y en lo jurídico.

También cabe, mediante esta interpretación, limitar la posibilidad de fraude cuando cualitativamente

las prestaciones que constituyen los objetos de los diferentes contratos menores puedan parecer desgajadas sustantivamente entre sí, pero se pueda comprobar que constituyen una unidad en su conjunto. Esta circunstancia puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de que se contraten separadamente prestaciones correspondientes a la construcción o fabricación de un mismo bien de suerte que, de haberse considerado una unidad, habría tenido que licitarse un único contrato sujeto a unas condiciones de concurrencia y publicidad más estrictas.

Es evidente, a juicio de este órgano consultivo, que cuando el legislador alude a la no existencia de un contrato menor anterior con la misma entidad contratista que, individual o conjuntamente supere los umbrales, la finalidad de la norma es proscribir la posibilidad de que se pueda burlar el límite cuantitativo del contrato menor mediante una actitud opaca que caracterice los sucesivos contratos como independientes entre sí, ocultando el conocimiento de la verdadera unidad existente entre todos ellos. Por eso, la mención contenida en la ley a esta segunda condición no se convierte en baladí o innecesaria en modo alguno. Por el contrario, llama la atención del exégeta sobre la necesidad de que el órgano de contratación (en el sentido que marca la ley en el artículo 101.6) evite la realización de esta conducta mediante la celebración sucesiva de contratos menores cuyo objeto deba considerarse como una unidad.

Quien ejerza las funciones del órgano de contratación ha de tener en cuenta su obligación, establecida actualmente en el artículo 28.4 de la LCSP, de programar la actividad de contratación pública que desarrollará en cada ejercicio presupuestario, e incluso en períodos plurianuales, así como de dar a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa que recoja al menos los contratos sujetos a regulación armonizada. En consecuencia, si dicha programación se lleva a cabo, no cabe motivo alguno que justifique la adjudicación directa a un mismo contratista de contratos menores simultáneos o sucesivos con objeto idéntico, similar o complementario, si hubieran podido ser sometidos a licitación pública de actuarse con la debida diligencia y eficiencia.

Por tanto, la limitación establecida en el artículo 118.3 debe entenderse, en lo relativo al objeto del contrato menor, como una prohibición de adjudicar directamente a un mismo contratista contratos menores del mismo tipo que superen el umbral establecido en el 118.1 y para prestaciones fragmentadas o sucesivas que deberían tratarse como una unidad y podrían haberse licitado



conjuntamente y adjudicado mediante un procedimiento de contratación público. Y a *contrario sensu*, como señala la JCCSP del Estado en su Informe 42/2017, *la ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad.*

5. Ámbito orgánico o subjetivo en el que debe cumplirse la limitación del artículo 118.3 de la LCSP

La última cuestión planteada en la consulta es la relativa a cómo debe interpretarse la referencia al órgano de contratación en el artículo 118.3 y, en función de ello, cuál es el alcance de la limitación propiamente dicha que dicho artículo establece en relación con el 118.1.

La LCSP no hace distinciones entre los órganos que tienen atribuida la competencia como titulares del órgano de contratación y los que la ejercen por delegación o desconcentración. Tampoco la hacen las Directivas europeas pero en este caso las normas europeas optan en general por referirse a los poderes adjudicadores. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el apartado 118.1 de la LCSP al establecer los umbrales que delimitan el contrato menor y que, por remisión del 118.3, se convierten en los límites para la adjudicación de contratos menores a un mismo contratista, lo hace en función del *valor estimado de los contratos*. Es decir, cabe interpretar que la limitación del 118.3 viene referida al valor estimado de los contratos adjudicados a ese contratista por un mismo órgano de contratación, entendido como el que efectivamente ejerce la facultad de adjudicar el contrato.

Este criterio se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSP donde, además de prohibir en su apartado 2 que la elección del método para calcular el valor estimado se efectúe para sustraer el contrato a la aplicación de las normas que correspondan, se dispone en su apartado 6 lo siguiente:

Cuando un órgano de contratación esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales.

No obstante lo anterior, cuando una unidad funcional separada sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella, los valores pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate.

En todo caso, se entenderá que se da la circunstancia aludida en el párrafo anterior cuando dicha unidad funcional separada cuente con financiación específica y con competencias respecto a la adjudicación del contrato.

Los dos primeros párrafos del precepto anterior se encuentran con idéntica redacción en el artículo 5.2 de la Directiva 2014/24/UE, si bien en la norma europea se refiere al poder adjudicador en lugar de al órgano de contratación. El considerando 20 de esta Directiva ilustra esta cuestión de la siguiente forma: *A los efectos de estimar el valor de un contrato concreto es preciso aclarar que debe permitirse basar la estimación de este valor en una fragmentación del objeto del contrato únicamente cuando esté justificado por motivos objetivos. Por ejemplo estaría justificada una estimación del valor de un contrato al nivel de una unidad funcional que esté separada del poder adjudicador, como es el caso de un colegio o de una guardería, siempre y cuando la unidad de que se trate sea responsable de manera independiente de su contratación. Puede suponerse que así es cuando la unidad funcional que esté separada del poder adjudicador lleve los procedimientos de contratación y tome las decisiones de compra de manera independiente, disponga de una línea presupuestaria separada para los contratos de que se trate, celebre el contrato de manera independiente y lo financie con cargo a un presupuesto del que dispone. No se justifica una fragmentación cuando el poder adjudicador se limite a organizar una licitación de manera descentralizada.*

El concepto de valor estimado en la legislación de contratos del sector público tiene precisamente como razón de ser distinta de la de precio del contrato la de servir como factor para la determinación de las normas que en materia de publicidad y de procedimiento son de obligado cumplimiento para la adjudicación al contrato. Asimismo, el artículo 99.2 del LCSP establece 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 correspondan.

Precisamente por eso, dado que el artículo 118.3 tiene por finalidad prohibir el recurso al contrato menor para eludir las obligaciones que en función del valor estimado de las prestaciones se derivan de los principios de publicidad y de concurrencia que rigen en la contratación pública, la misma interpretación teleológica que venimos haciendo en los anteriores aspectos analizados en el presente informe debe aplicarse en el presente supuesto: la referencia al “órgano de contratación” contenida en dicho artículo debe ser entendida como referida a aquellos órganos que ejercen las facultades del



órgano de contratación, bien sea como titulares de la competencia o bien por delegación o por desconcentración (si no fuera así la Ley lo hubiera dicho expresamente), siempre que tengan autonomía y responsabilidad suficientes para adjudicar los contratos menores y lo hagan con cargo al presupuesto del que disponen o tienen asignado en exclusiva, siendo, por tanto, sobre quienes debe recaer la obligación de comprobar que en su unidad funcional o en la entidad de la que son responsables no se adjudican directamente a un mismo contratista contratos menores cuyo valor estimado acumulado incurra en la prohibición establecida en el artículo 118.3, tal como viene siendo interpretada en el presente informe.

En el caso de la corporación local que formula la consulta no todos los supuestos tienen la misma consideración. A tenor de lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la LCSP no parece probable que el Pleno ejerza competencias como órgano de contratación en contratos menores. La cuestión puede plantearse cuando el alcalde delegue la competencia como órgano de contratación en otros miembros de la corporación, para contratos administrativos del propio Ayuntamiento y otorgándoles a estos facultades para adjudicar directamente contratos menores. En ese caso, debe tenerse en cuenta si dichos órganos actúan con la autonomía y responsabilidad suficientes por disponer de un presupuesto asignado a la unidad funcional que dirigen y pueden tramitar contratos menores de forma separada e independiente. En caso contrario, los contratos menores adjudicados por delegación deben considerarse conjuntamente con los adjudicados por el titular de la competencia a efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 118.3 de la LCSP.

Es decir, se puede considerar admisible la técnica de la delegación de competencia a los efectos de entender que existe una unidad funcional separada, de las contempladas en el artículo 101.6 de la LCSP. Pero para ello, además, deben concurrir las demás notas, es decir, que pueda considerarse separada, no en el aspecto orgánico o jerárquico, sino en lo que hace a la función que desempeña, que cuente con financiación específica y que sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación.

Según afirma la Junta del Estado, *el artículo 118.3 de la LCSP debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar en el expediente de contratación de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor.*

6. Aplicación del artículo 118.3 en función del procedimiento de adjudicación del contrato

Hay al menos una cuestión adicional fundamental que no ha sido planteada en la consulta formulada por el Ayuntamiento, que se deriva de las interpretaciones expuestas en el presente informe y sobre la que algunos de los órganos consultivos ya se han manifestado en mayor o menor medida: el artículo 118.3 no debe interpretarse como una limitación de los contratos menores adjudicados a un mismo contratista por el mero de hecho de ser menores, sino como una limitación de los contratos menores adjudicados directamente a un contratista o sin que medie uno cualquiera de los otros procedimientos de contratación previstos en la LCSP, que sí se llevan a cabo en régimen de concurrencia y sometidos a principios de publicidad, igualdad de trato y no discriminación de los posibles licitadores o candidatos. Es decir, la limitación o incompatibilidad del contratista no se produce por la circunstancia de tratarse de contratos menores que conjunta o individualmente alcanzan el umbral del art. 118.1, sino por adjudicarse estos de forma directa o en condiciones de publicidad y concurrencia insuficientes que no se ajustan a los procedimientos previstos en la ley.

Como bien señala la Junta Consultiva de Aragón en su ya citado Informe 3/2018, *la incompatibilidad contenida en el art. 118.3 LCSP parte de la consideración de la contratación menor como un procedimiento contractual que permite la adjudicación directa. Sin embargo no bastará con cualquier publicidad o promoción de la concurrencia –en sí recomendables con carácter general- para sortear los límites establecidos para los contratos menores. La previsión legal de un procedimiento abreviado abierto sumario se hizo expresamente para canalizar contratos que en muchos casos pueden tramitarse por uno u otro procedimiento, como alternativa al contrato menor. En consecuencia, es la aplicación de un procedimiento que cumpla con los requerimientos establecidos por el legislador para el procedimiento abierto abreviado sumario, u otro con mayores garantías de publicidad y concurrencia, lo que evitará la aplicación de los límites cumulativos del art. 118.*

Por tanto, el órgano de contratación debe tener en cuenta que la LCSP tiene actualmente alternativas eficaces para adjudicar contratos que por su cuantía son menores, pero en los que nada impide que su adjudicación se lleve a cabo mediante un procedimiento abierto y, en particular, mediante el procedimiento abierto simplificado previsto en el artículo 159.6, susceptible de tramitación especialmente sumaria y aplicable para la contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000€ o de suministros o servicios de valor estimado inferior a 35.000€. Asimismo nada empece a que los



contratos menores se liciten en la plataforma de contratación del sector público como tales, pues dicho instrumento está preparada para ello , promoviendo así los principios de transparencia, igualdad de acceso a los contratos y libre concurrencia.

Especial mención debe hacerse en el caso de suministros comunes o servicios generales de tracto sucesivo y previsible, en los que la obligación de planificación de la contratación y la certeza de su repetición ejercicio tras ejercicio exige que los órganos de contratación eviten sin más excusas ni dilación, pues carece de justificación, el recurso a la adjudicación directa y la omisión del cumplimiento del principio de concurrencia, libertad de acceso a las licitaciones, transparencia y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos potenciales.

CONCLUSIONES

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 118, números 1 y 3, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, para la tramitación de un contrato menor adjudicado directamente, además de la aprobación del gasto y la factura, es necesario en todo caso el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato y ha de justificarse en el expediente que no se está alterando el objeto del contrato para evitar los principios de la contratación pública, así como que se ha comprobado la circunstancia de que, con la adjudicación de dicho contrato menor, el contratista no se encontrará en la situación de incompatibilidad prevista en el artículo 118.3 de la Ley.
2. El límite a la adjudicación de contratos menores a un mismo contratista, establecido en el apartado 3 del artículo 118 de la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con los umbrales señalados en su apartado 1, debe entenderse referido a contratos del mismo tipo o clase, para prestaciones que no sean cualitativamente diferentes, adjudicados directamente y con cargo a los créditos de un mismo ejercicio presupuestario anual. En el caso de que un contrato menor se financie con cargo a créditos de más de un ejercicio presupuestario, deberá tenerse en cuenta la cuantía correspondiente a cada anualidad de forma que el citado limite se cumpla en cada ejercicio presupuestario anual.
3. En el supuesto de delegación de las facultades del Alcalde o de la Junta de Gobierno Local como órgano de contratación en otros miembros u órganos de la Corporación local, la limitación establecida

en el artículo 118.3 de la Ley de Contratos del Sector Público podrá entenderse referida a los contratos adjudicados por cada órgano que ejerza las facultades de contratación, cuando estos últimos ejerzan tales funciones con autonomía funcional y responsabilidad y dichos contratos se financien con cargo a un presupuesto que tengan asignado o del que dispongan en exclusiva, todo ello sin perjuicio de la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 9 del Decreto 35/2018, de 23 de marzo del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y tendrá carácter no vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA

Vº Bº LA PRESIDENTA

SUBSECRETARIA DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 15 de junio de 2018