

COMISIÓN CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE ANDALUCÍA

INFORME 2/2016

I - ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Málaga solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“El Instituto Municipal para la Formación y el Empleo (IMFE) es una agencia pública administrativa local constituida como instrumento para el fomento del desarrollo económico y social en el municipio de Málaga, mediante el apoyo a la creación y/o consolidación de empresas y la promoción del empleo y del autoempleo, a través de la formación y otras muy diversas actuaciones.

Los programas formativos, que constituyen uno de sus pilares básicos, son muy variados tanto por su contenido material como por las características de los propios programas, muchos de ellos basados en proyectos concretos de colaboración con otras entidades públicas o privadas. Aunque existe una estructura estable, la oferta formativa concreta es dinámica y cambiante en función no sólo de las necesidades del mercado de trabajo en cada momento, sino también de las manifestadas por nuestros propios usuarios. Así, la formación ofertada por el IMFE se va materializando a lo largo del año sin posibilidad, en la mayoría de los casos, de una previsión o anticipación mayor en el tiempo.

La práctica totalidad de los servicios docentes se constituyen a través de contratos menores por razón de la cuantía. Pero en ocasiones a un primer contrato suceden otros con el mismo contratista, con iguales contenidos obligacionales aunque la causa es distinta. Cada servicio docente no supera el umbral establecido para el contrato menor en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, pero el conjunto de contratos sí puede superarlo. ¿Podemos considerar que existe fraccionamiento (en el tiempo) o encadenamiento de contratos inadecuado?”.

II – INFORME

En relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación de las normas en materia de contratación pública.

No obstante, por su especial trascendencia en materia de contratación pública, conviene realizar algunas consideraciones en torno al recurso a la utilización de la figura del contrato menor y el fraccionamiento de los contratos.

La cuestión que se plantea hace referencia a si la formalización sucesiva de contratos menores para la prestación de servicios docentes podría considerarse un supuesto de fraccionamiento del contrato.

El contrato menor se conceptúa únicamente por razón de la cuantía disponiendo el artículo 138.3 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) que se consideran contratos menores aquellos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 206 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

Para su tramitación sólo se exige la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente, así como el presupuesto en los contratos de obras y el proyecto y el informe de supervisión en los casos que se establecen. Asimismo, no podrán tener duración superior a un año ni ser objeto de prórroga, pudiendo adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación.

Sobre la figura del contrato menor esta Comisión Consultiva señalaba en el Informe 10/2014, de 28 de abril de 2015 que “el contrato menor se conceptúa con único aspecto que es el importe, configurándolo, además, el propio TRLCSP como un tipo contractual de tramitación excepcional, lo que posibilita a los órganos de contratación utilizarlo para dar celeridad en la satisfacción de necesidades de contratación de bajo importe y duración reducida que por la tramitación normal no lo hace posible”.

Por otra parte, en el citado Informe y en el Informe 9/2009, de 15 de junio, nos pronunciábamos sobre la relación existente entre la contratación menor y el fraccionamiento de los contratos, señalando en éste último Informe que “los diversos aspectos planteados por el órgano consultante en torno a la problemática del fraccionamiento en la contratación pública, se encuentran íntimamente unida a la categoría legal de los contratos menores ya que, en la generalidad de los casos, el uso de la contratación menor y su apariencia de legalidad constituye el cauce habitual que se emplea para incumplir los correspondientes preceptos legales sobre publicidad y sobre procedimiento de adjudicación”.

Con respecto al fraccionamiento de los contratos, el artículo 86 del TRLCSP no deja lugar a dudas al prohibir éste “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”. No obstante, se admite la división en lotes del objeto del contrato si se cumplen los requisitos establecidos en su apartado 3, es decir, sean susceptibles de contratación por separado y constituyan una unidad funcional o así lo exija la naturaleza del objeto de acuerdo. De esta manera, si no concurren estos requisitos no cabe el fraccionamiento.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en el Informe 4/2010, de 29 de octubre, indicaba que:

“Esta Junta Consultiva se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el fraccionamiento del objeto de los contratos, la más reciente en el Informe 1/2009, de 30 de julio.

En este Informe 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 concurrencia, 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”.

Y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 31/2012, de 7 de mayo de 2013 señalaba que “la idea fundamental, así pues, que debe regir la posibilidad de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí, deberá ser la idea de que 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. En el caso de que constituyan una unidad operativa o sustancial y se divida el contrato, estaremos ante un fraccionamiento”.

También esta Comisión Consultiva tuvo ocasión de pronunciarse sobre el fraccionamiento de los contratos en el Informe 9/2009, de 15 de junio, en el que indicaba que:

“Si se tiene en cuenta todo lo anterior, y siguiendo la consolidada doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía, el fraccionamiento del objeto del contrato supone la infracción de normas de ius cogens, que condiciona la validez de los contratos menores a que éstos no excedan de las cuantías establecidas en el artículo 122.3 de la LCSP. Y es que la utilización del contrato menor sólo es susceptible de una interpretación estricta, vinculada a su correcta calificación y a la exacta apreciación del presupuesto normativo expresamente contemplado y, por tanto, indisponible para el órgano de contratación, con independencia de la intencionalidad que pueda guiar sus actos.

Podría ocurrir que el órgano de contratación no tenga la intención de eludir los requisitos de publicidad y el procedimiento de adjudicación establecidos legalmente; pero lo cierto es que siempre se produce, al igual que ocurre cuando se da tal intencionalidad, ese efecto (...).

Y es que hay que concluir, como ha hecho reiteradas veces el Consejo Consultivo de Andalucía (por todos, Dictamen 106/2000, de 25 de julio), que la nulidad de pleno derecho a que se verían abocados los contratos menores que supongan un fraccionamiento irregular de sus objetos, no busca sino el restablecimiento de la legalidad y tiene, por tanto, una base objetiva, sin que exija una prueba de intencionalidad, pues con ella no se persigue penalizar ninguna conducta y sin que tampoco la especificidad de los productos a suministrar, o un error en el cálculo de las previsiones iniciales para su adquisición, sean causas que permitan el fraccionamiento del objeto del contrato vulnerando lo previsto en el artículo 74.2 de la LCSP, por ello en la duda sobre la concurrencia de los requisitos que hacen posible la conclusión de contratos menores, la Administración ha de reconducir el procedimiento de contratación a las normas generales.

Los órganos de contratación han de ser conscientes de la indisponibilidad de las normas rectoras de la contratación pública; regla jurídicamente vinculada a la satisfacción del interés general y que opera como garantía de los principios básicos de publicidad, libre concurrencia y transparencia. Además, los métodos de contratación abierta y competitiva, en los que se aplican adecuadamente los descritos principios, permiten

más concurrencia y la obtención de beneficios por ofertas más ventajosas, cuestión esta última que afecta a la eficiente utilización de los recursos públicos en un período como el actual, caracterizado por importantes restricciones presupuestarias”.

En el caso que se plantea, según se expone en la consulta, la prestación de los servicios docentes se están formalizando mediante sucesivos contratos menores. Tal como viene poniendo de manifiesto esta Comisión Consultiva al pronunciarse sobre la cuestión de los contratos menores, la utilización de éste permite una simplificación sustancial del procedimiento contractual y, configurándose como una excepción a la aplicación de los principios de publicidad y libre concurrencia en el acceso a las licitaciones, su uso debe ser restrictivo para atender necesidades puntuales de bajo importe y duración determinada, y no para necesidades continuadas, y en algunos casos previstas. En otro caso, podría estar produciéndose un fraccionamiento en la contratación prohibido por el TRLCSP.

Por último, conviene señalar que lo establecido en el artículo 304 del TRLCSP que regula el régimen de contratación para actividades docentes no es de aplicación a las contrataciones que se plantean en la consulta puesto que, en este caso, se trata de servicios docentes para la formación en apoyo a la creación y/o consolidación de empresas y la promoción del empleo y del autoempleo y el citado artículo se refiere a contratos regulados en el Título II del Libro IV que tengan por objeto la prestación de actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración o cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad.

III – CONCLUSIONES

El contrato menor permite una simplificación sustancial del procedimiento contractual y su uso debe ser restrictivo para atender necesidades puntuales de bajo importe y duración determinada y no para necesidades continuadas.

El TRLCSP prohíbe el fraccionamiento del contrato, si bien admite el fraccionamiento del objeto del contrato mediante su división en lotes si concurren los requisitos que establece en su artículo 86.3.

Es todo cuanto se ha de informar.