

## **JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

### **INFORME 42/2017**

**Objeto del informe: Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP.**

#### **ANTECEDENTES**

El Ayuntamiento de Andújar dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado solicitando que se emita informe en los siguientes términos:

“Este Ayuntamiento procede a la adaptación a la nueva 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.

Existen en su articulado preceptos que generan a los servicios jurídicos dudas interpretativas que trasladan a esta Alcaldía para, a su vez, sean planteadas a ese órgano de consulta en materia de contratación pública, Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, al objeto de obtener un criterio de interés general que nos permita actuar con la mayor seguridad y precisión jurídica en el proceso práctico de adaptación normativa.

Por ello, de conformidad con el artículo 328 de 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) y el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, vengo en formular la siguiente consulta:

En la tramitación de los expedientes de contratos menores el artículo 118 LCSP exige una cierta actividad administrativa que supone limitaciones en su utilización, así por ejemplo el apartado tercero dispone que "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).2º."

Y por su parte, el artículo 118.1 segundo párrafo LCSP exige "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".

A).-La no superación por contratista, individual o conjuntamente, cómo debe interpretarse? ¿Qué plazo temporal hay que tomar en consideración para aplicar ese límite? ¿Cómo queda constancia por el órgano de contratación de la comprobación del cumplimiento de dicha regla?

B).-Respecto al informe de necesidad del órgano de contratación, ¿cabría hacer una interpretación amplia de ese requisito para considerar que la concejalía proponente del gasto sea quien informe la necesidad? Resulta contrario a un racional principio de eficacia y simplificación administrativa que en cada contrato menor deba un Alcalde informar la necesidad de la contratación y, por ejemplo, a nivel estatal un Ministro, un Secretario de Estado o un Subsecretario.

En caso de ser preceptivo el pronunciamiento del órgano de contratación, ¿se podría materializar esa necesidad mediante una providencia de Alcaldía de inicio de expediente, con lo que sería similar a la iniciación general de los expedientes en el artículo 116 LCSP?

#### CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El objeto de la presente consulta, en su primer apartado, consiste en determinar el sentido que ha de darse a la nueva regla que, en relación con los contratos menores, se contiene en el artículo 118.3 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.

El meritado precepto, novedoso en relación con lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, establece lo siguiente:

“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) 2º.”

De la redacción transcrita se deduce que en el expediente de contratación propio de los contratos menores habrá que justificar la concurrencia de dos circunstancias:

- Que el objeto del contrato no se modifica de forma fraudulenta, de modo que aquél se mantiene incólume a los efectos de evitar un indebido fraccionamiento del contrato cuya finalidad sea prescindir de la aplicación de las reglas generales de la contratación pública. Tal efecto es el propio de la fragmentación artificiosa del contrato con el fin de cumplir con los umbrales que permiten acudir al contrato menor, obviando injustificadamente la aplicación de las reglas sobre publicidad y requisitos para contratar en los contratos de cuantía superior.

- Que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido.

2. Es precisamente en este último punto donde surge la duda a la entidad consultante. La interpretación literal de esta condición llevaría a la conclusión de que, una vez realizado un contrato menor por un contratista, éste ya no podría volver a ejecutar otro contrato menor sin que, por otro lado, la ley limite el periodo o el tipo de contrato a que se refiere la citada limitación. Tal conclusión representa un exceso sobre la finalidad de la norma en sí misma porque supone una restricción exagerada del propio principio de concurrencia, produciendo un resultado completamente irregular. En este sentido, si bien es cierto que en el marco de la contratación directa singularizada que representa el contrato menor la concurrencia no es un principio exigible en la selección del contratista, en el conjunto de contratos menores que se pueden adjudicar en un determinado ente público a lo largo del tiempo la limitación que aneja la interpretación literal del precepto resulta desproporcionada, al impedir de manera absoluta el acceso a otros contratos menores a aquellos que ya hayan ejecutado uno anteriormente.

Por esta razón 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.

3. 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.

Por esta razón, la exigencia de que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido debe interpretarse de modo que lo que la norma impide no es que se celebren otros contratos menores por el mismo operador económico sin límite alguno, sino que la conducta prohibida y que, por consecuencia, debe ser objeto de la necesaria justificación, consiste en que se celebren sucesivos contratos cuyas prestaciones constituyan una unidad y cuya fragmentación resulte injustificada en dos supuestos: bien por haber existido un previo contrato de cuantía superior al umbral y que, sin embargo, se desgaja sin motivo en otros contratos menores posteriores con prestaciones que debieron formar parte del primer contrato, o bien porque esto se haga fraccionando indebidamente el objeto en sucesivos contratos menores.

4. Por lo que hace al límite temporal de estas condiciones, cuestión no consultada expresamente pero que se deriva necesariamente del conjunto del precepto, parece razonable que si entendemos la conducta prohibida por el precepto en términos flexibles, tal como venimos sosteniendo en este dictamen, valoremos la posible existencia de un límite temporal para evitar que la prohibición, y la necesidad de justificación en el expediente que anuda, pueda considerarse indefinida.

Pues bien, 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. Este supuesto es técnicamente posible, aunque difícil de plantearse en la práctica como consecuencia de la separación temporal entre los distintos contratos menores. Bajo este criterio, por tanto, si la separación entre los contratos menores excede de un año no será necesario justificar en el expediente la inexistencia de un contrato menor con el mismo objeto.

Finalmente, cabe señalar en este punto que este plazo debe contarse desde el momento de la perfección del primer contrato menor considerado. En la medida en que la ley no contempla otro trámite que la incorporación de la factura al expediente en el mismo artículo 118, este es el momento a considerar como término de cómputo inicial. 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.

5. Sobre la constancia de la comprobación por parte del órgano de contratación del cumplimiento de la limitación tantas veces citada, la norma se limita a señalar que el órgano de contratación debe comprobar el cumplimiento de dicha regla. No se establece un modo concreto de comprobación ni tampoco un sistema de constancia documental en el expediente, a diferencia de lo que ocurre con la justificación inicial. Más bien se trata de una fórmula que garantiza un control ex ante y un control ex post por parte del órgano de contratación. En cualquier caso, al tratarse de una norma de carácter imperativo y, por tanto, de una conducta obligatoria para el órgano de contratación, es recomendable que quede constancia documental del control ulterior realizado por aquél, sin que tal control esté sometido a requisito formal alguno.

6. La segunda parte de la consulta del Ayuntamiento de Andújar alude al informe de necesidad del órgano de contratación y cuestiona si tal informe debe ser suscrito, en el caso de los municipios, por el Alcalde. La norma legal establece en este punto una referencia genérica al órgano de contratación, referencia que debe entenderse realizada al titular del mismo. Se trata de una referencia que podríamos considerar equivalente a la que hace el artículo 116 de la LCSP y que difiere de los supuestos en que se alude, por ejemplo, en el artículo 146.1 b) a los servicios dependientes del órgano de contratación. Por tanto, el informe de necesidad del contrato debe ir firmado por el titular del órgano de contratación, sea cual sea éste, salvo que dicha competencia haya sido delegada en los términos legalmente establecidos.

Tal conclusión descarta que el informe de necesidad, que debe tener un contenido sustantivo y propio, pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio. Se trata de figuras diferentes.

## CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes conclusiones:

- El artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público 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.

- Esta conducta defraudadora queda prohibida en la ley cualquiera que sea el momento en que se produzca.
- 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. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma.
- Cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes haya mediando más de un año, contado desde la incorporación al expediente de la primera factura, no será necesario proceder a esta justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor.
- La ley no establece un modo concreto de comprobación del cumplimiento de los límites del contrato menor ni tampoco un sistema de constancia documental en el expediente, si bien la misma es recomendable.
- El informe de necesidad del contrato debe ir firmado por el titular del órgano de contratación sin que pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio.