

Informe 1/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contractación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente)

Asunto: Límites a la contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

ANTECEDENTES

I. El presidente de la Asociación Catalana de Municipios (ACM) ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva sobre la interpretación de las reglas de limitación en las adjudicaciones de los contratos menores. Posteriormente, la Dirección General de Contratación Pública (DGCP) del Departamento de Asuntos y Relaciones Institucionales y Exteriores y Transparencia de la Generalitat, ha enviado a esta Junta Consultiva una petición de informe en relación con el mismo objeto.

Así, dada la coincidencia de las cuestiones planteadas en los dos escritos de petición de informe, se da respuesta a ambas solicitudes conjuntamente. En concreto, las cuestiones sobre las que se solicita informe, a la vista del artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, son las siguientes:

- 1) Cuál es la limitación temporal del requisito relativo a que el contratista no haya suscrito más contratos menores: el año natural o el año presupuestario.

Además, la ACM también plantea respecto de esta limitación si “el periodo se puede determinar, mientras no esté determinado reglamentariamente, por el propio órgano de contratación en las bases de ejecución del presupuesto del ente local”. Por su parte, la DGCP también plantea adicionalmente si “la aplicación de esta limitación, se tiene que entender que afecta a la contratación menor que se formalice con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley”

- 2) Con respecto al ámbito material de la limitación impuesta, si se tiene que entender en sentido estricto y en consecuencia que afecta a cualquier contrato menor formalizado con un mismo proveedor, con independencia del objeto contractual, o bien sólo a aquellos contratos menores que no tengan un objeto diferente.

La ACM plantea, concretamente, si el límite sólo operaría respecto de los que fueran equivalentes o similares y si afectaría a contratos menores con el mismo objeto pero con prestaciones sustancialmente diferenciadas.

Por su parte, la DGCP plantea si la limitación operaría respecto de objetos idénticos y en qué supuestos se tiene que entender que existe esta identidad de objeto –si se tiene que tener en cuenta a estos efectos sólo el objeto del contrato o también otras cuestiones como el hecho de que las unidades destinatarias de la prestación sean diferentes aunque dependan de un mismo órgano de contratación–; y si se tiene que considerar que una prestación tiene idéntico objeto

a otra si, a pesar de poder dividirse funcionalmente, tiene un mismo destinatario y un mismo ámbito temporal de prestación, ejecución o entrega.

- 3) Además, la ACM plantea también la cuestión de si hay que entender exentos del cómputo de la cuantía máxima de adjudicación aquellos contratos menores que se hayan licitado con la correspondiente consulta a tres o más empresas, o su publicación en el perfil de contratante.

II. El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta Consultiva informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan, los departamentos de la Generalitat, sus entidades autónomas y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de la Administración de la Generalitat y las entidades que integran la Administración local en Cataluña. Por otra parte, el artículo 11 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. 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), que ha entrado en vigor el día 9 de marzo de 2018, incorpora una regulación de los contratos menores con diversas y sustanciales novedades respecto de las regulaciones precedentes.

El artículo 118 de la LCSP, que lleva por título “expediente de contratación en contratos menores”, establece, en su primer apartado, que “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”, rebajando, por lo tanto, los umbrales previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) que la LCSP deroga, que los establecía en 50.000€ y 18.000€, respectivamente; precisando que estos umbrales se corresponden al valor estimado del contrato, mientras que el TRLCSP utilizaba el término más impreciso de “importe”; y concretando que, por razón del objeto, sólo son contratos menores los de obras, de servicios y de suministros, a diferencia del TRLCSP que aludía a los contratos de obras y a “otros contratos”.

En el mismo apartado primero de este precepto se dispone que la tramitación del expediente de estos contratos, además de requerir la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente, que debe reunir los requisitos que establezcan las normas de desarrollo de la Ley, tal como también lo hacía el artículo 111 del TRLCSP, también “exige el informe del órgano de contratación que motive la necesidad del contrato”. De esta manera, y como novedad respecto del TRLCSP, se

extiende la obligación, establecida ahora en el artículo 28.1 de la LCSP¹, de incluir en los expedientes de los contratos del sector público este informe, también a los contratos menores.

Respecto de esta previsión, de acuerdo con la cual, por lo tanto, es preceptiva la emisión del informe justificativo de la necesidad para todos los contratos menores que se suscriban, con independencia de su valor estimado, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha afirmado² que lo tiene que firmar el titular del órgano de contratación, sea cual sea éste, salvo que la competencia se haya delegado en los términos legalmente establecidos, sin que este informe, que debe tener un contenido sustantivo y propio, pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio.

Por su parte, el apartado segundo de este artículo 118 de la LCSP no contiene ninguna novedad respecto del TRLCSP al regular las especialidades del expediente en los contratos menores de obras –en el cual se tiene que añadir el presupuesto de las obras, el proyecto correspondiente cuando lo requieran normas específicas y el informe de las oficinas o unidades de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

En cambio, sí que contiene una novedad respecto de la regulación establecida en el TRLCSP el apartado cuarto de este mismo precepto de la LCSP, en relación con el artículo 63.4 de la LCSP, de acuerdo con los cuales la información, al menos, del objeto, la duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad de la empresa adjudicataria de los contratos menores se tiene que publicar de manera agregada, al menos trimestralmente, ordenándose los contratos por la identidad de la empresa adjudicataria –excepto los contratos de valor estimado inferior a cinco mil euros, si el sistema de pago utilizado es el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para hacer pagos menores.³

¹ El artículo 28 de la LCSP, relativo a la “necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación”, después de disponer, en su apartado 1, que “las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales”, establece que “a tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.

² Informe emitido en el expediente 42/2017, sobre “Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP”.

³ A esta obligación hay que añadir, en el ámbito de Cataluña, la establecida en el artículo 13, relativo a la “transparencia en la contratación pública”, de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de acuerdo con el cual la transparencia en el ámbito de los contratos suscritos por los sujetos obligados –y, por lo tanto, las obligaciones de publicidad activa que establece– es aplicable a todos los contratos, incluidos los menores.

Adicionalmente a estas novedades –alguna de las cuales se tiene que calificar de muy relevante, a pesar de haber cedido protagonismo por las otras novedades, de carácter limitativo de estos contratos, introducidas en la LCSP que a continuación se analizan–, el apartado 3 de este precepto es el que contiene las novedades respecto de las cuales se solicita el informe de esta Junta Consultiva.

II. El apartado tercero del artículo 118 de la LCSP, precepto relativo, como se ha dicho, al expediente de contratación en contratos menores, dispone literalmente que en dicho 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”; que “el órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla” y que “quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º”.

Por lo tanto, este precepto establece las siguientes dos obligaciones de justificación:

- Que no se está alterando el objeto del contrato menor para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación; y
- Que la empresa contratista no ha suscrito más contratos menores cuyo valor estimado, individual o conjuntamente, superen la cifra de 40.000€ en el caso de obras y de 15.000€ en el caso de servicios y suministros. Respecto de esta obligación de justificación establece al mismo tiempo:
 - o la obligación del órgano de contratación de comprobar el cumplimiento “de esta regla”
 - o que quedan excluidos los supuestos en que las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por tratarse de la creación o la adquisición de una obra de arte o representación artística única, porque no haya competencia por razones técnicas o porque proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial⁴.

La primera constatación que hay que efectuar de esta previsión es que una interpretación literal lleva a una solución, que, además de no entenderse adecuada por desproporcionada, no parece ser la querida por la norma, en la medida en que limita la suscripción de contratos menores con una misma empresa por una cifra superior a la del umbral respectivo de estos contratos, sin acotar el ámbito objetivo, subjetivo y temporal. Por lo tanto, la limitación que deriva de la obligación de justificación establecida en este

⁴ Respecto de esta causa habilitante de utilización del procedimiento negociado sin publicidad, el artículo 168.a).2.º de la LCSP dispone que “La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato”.

precepto requiere ser interpretada, de acuerdo con la que se considere que sea su finalidad.

Antes de entrar a analizar cuál hay que entender que es esta finalidad, se considera conveniente efectuar una serie de precisiones en relación con la redacción de este apartado 3 del artículo 118. En primer término, la primera parte de la obligación que se analiza, relativa a justificar el hecho de no estar alterando el objeto del contrato menor para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, a pesar de utilizar el término “alterar”, hay que entender que constituye, respecto de la obligación general de no fraccionamiento del objeto de los contratos establecida con carácter general para todos los contratos⁵ –por lo tanto, también aplicable a los contratos menores–, una exigencia adicional de justificación en los contratos menores que no se requiere para el resto de contratos sometidos a esta misma obligación.

Con respecto a la segunda obligación de justificación, relativa al hecho de que “el contratista” no ha suscrito más contratos menores que, “individual” o conjuntamente, superen la cifra de 40.000€ en el caso de obras y de 15.000€ en el caso de servicios y suministros, se puede apreciar, en primer término, una imprecisión en el uso del término “contratista”, en la medida en que hay que entender que tanto la justificación de no superar la cifra, como el control del cumplimiento de esta “regla”, se tiene que llevar a cabo con carácter previo a la contratación, de manera que se hará respecto de la empresa que el órgano plantea contratar, pero no respecto de la ya contratista.

En segundo término, y como cuestión más relevante a efectos de la aplicación de este precepto y, específicamente, de la delimitación que se le tenga que dar a las obligaciones y límites que establece, la referencia al hecho de que no se supere la cifra con contratos menores que “aisladamente” puedan superar las cifras de los umbrales de estos importes lleva a tener que entender que la limitación se establece para cualquier contrato menor, con independencia de la tipología de contrato de que se trate –obras, servicios o suministro–, dado que únicamente se puede haber superado “aisladamente” el umbral máximo –con un único menor previo– en caso de comprobar la limitación respecto de un menor de suministros o de servicios y que el menor previo fuera de obras –en ningún caso un menor previo de servicios o suministros ha podido superar por sí solo, “aisladamente”, el umbral máximo de estos contratos menores.

Sin embargo, hay que entender que esta previsión literal constituye otra imprecisión conceptual de la norma dado que, como se ha indicado anteriormente, la interpretación de que la limitación opera para cualquier contrato menor, con independencia de la tipología, no se considera adecuada, por ser demasiado restrictiva y no conforme, por desproporcionada, con la finalidad de la norma, que a continuación se analiza.

⁵ El artículo 99 de la LCSP, relativo al objeto del contrato, establece esta obligación en su apartado segundo al prever, en idénticos términos en que lo hacía el apartado segundo del artículo 86 del TRLCSP, 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”.

La finalidad de la limitación establecida en este apartado 3 del artículo 118 de la LCSP, necesaria para determinar el alcance, dada la inconveniencia e, incluso, la imposibilidad de aplicarla literalmente, hay que deducirla del conjunto de la Ley, bajo la luz, como no puede ser de otra manera en materia de normativa de contratación pública, de los principios que la inspiran, dado que la exposición de motivos de la LCSP no contiene ninguna mención a esta limitación ni, por lo tanto, a su finalidad, a causa de su origen de enmienda parlamentaria⁶.

De hecho, la exposición de motivos de la LCSP no contiene ninguna alusión a la contratación menor, ya que, no sólo la limitación del apartado 3 que se analiza fue incluida por la vía de enmienda parlamentaria, sino también las otras novedades relevantes a las que ya se ha aludido. Únicamente se contiene la mención a la “contratación directa” al aludir a la tramitación sumaria del denominado procedimiento abierto simplificado “para contratos de escasa cuantía que ha de suponer la consolidación de la publicidad y la eficiencia en cualquier contrato público, reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias”, después de hacer referencia a la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía y la creación del denominado procedimiento abierto simplificado para paliar las deficiencias en transparencia – “corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores”– de este procedimiento.

En definitiva, atendida esta ausencia de justificación o explicación en la propia parte expositiva de la Ley y de acuerdo con su objeto y finalidad, señalados en el artículo 1, de regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa, parece – dados también los pronunciamientos de las Juntas Consultivas hasta ahora emitidos sobre esta cuestión– que se pueden plantear las siguientes eventuales finalidades:

- Evitar el fraccionamiento del objeto de los contratos.

Esta es la finalidad que atribuye la Junta Consultiva del Estado a la limitación que se analiza en los informes emitidos en los expedientes 41/2017 y 42/2017, en los cuales, después de reconocer que el artículo 118.3 de la LCSP contiene el deber de “justificar la concurrencia de dos circunstancias” –no fraccionamiento fraudulento del objeto y que el contratista no haya suscrito más contratos menores–, afirma que ambas tienen la misma finalidad, que es coincidente con la de la primera de las circunstancias, eso es, “la

⁶ El límite establecido en el artículo 118.3 de la LCSP que se analiza tiene su origen en la enmienda núm. 583 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Socialista al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

proscripción de la división arbitraria del contrato con la finalidad de defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor⁷.

Sin embargo, hay que entender que una limitación que tuviera como finalidad evitar el fraccionamiento fraudulento del objeto de los contratos haría referencia, justamente, a dicho objeto, de manera que hubiera limitado la suscripción de contratos menores con un mismo objeto y no con una misma empresa contratista. En cambio, dado que el precepto hace referencia a la empresa “contratista”, hay que entender que la finalidad de esta limitación va más allá de la prohibición de fraccionar indebidamente el objeto de los contratos –finalidad que cubre la primera de las circunstancias a justificar la cual, como se ha dicho, consiste en una obligación de justificación para reforzar la prohibición prevista para todos los contratos.

La literalidad del precepto, con la alusión al hecho de que “el contratista no ha suscrito más contratos menores” y con el uso de la conjunción “y” entre las dos obligaciones de justificación que establece este precepto, llevan a tener que descartar que la finalidad de esta regulación sea únicamente evitar el fraccionamiento del objeto de los contratos, y a entender que va más allá.

Como se ha dicho, la interpretación de cuál es la finalidad de la limitación que se analiza es relevante a efectos de determinar el alcance. Así, por ejemplo, y como más adelante se verá, en los dos informes mencionados de la Junta estatal se delimita poniendo el foco en el carácter “de unidad” del objeto de los contratos, en vez de en la empresa a la que se adjudican.

- Evitar que se cubran necesidades recurrentes o periódicas a través de contratos menores, bien por una incorrecta planificación o bien por un mal uso de estos contratos.

Esta es la finalidad que ha atribuido la Junta Consultiva de Aragón a la limitación que se analiza en el Informe 3/2018, de 13 de febrero, ya mencionado, señalando que este objetivo está en línea con pronunciamientos de órganos consultivos o de control externo anteriores⁸. Entre estos pronunciamientos se encuentra el de esta Junta Consultiva, del

⁷ En estos informes, sobre “interpretación del artículo 118.3 de la LCSP”, de contenido parcialmente coincidente, se afirma que procede considerar ambas condiciones –que el objeto del contrato no se modifica de forma fraudulenta, fragmentando artificiosamente el contrato, y que el contratista no haya suscrito más contratos menores que superen el umbral establecido– como “cumulativas y conectadas con un fin último coincidente” que es “la proscripción de la división arbitraria del contrato con la finalidad de defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor”; aunque también se afirma que “la forma habitual de fraude consiste, en este caso, en la realización sucesiva de contratos menores con el mismo objeto exactamente” –el informe no hace referencia, sin embargo, al hecho de que dicho fraude no tiene que darse necesariamente con la misma empresa contratista, que es el límite que la Ley establece.

⁸ En este informe, sobre “incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores” la Junta Consultiva de Contratación de Aragón considera que “puede presumirse que el objetivo de la nueva regulación de los contratos menores es prevenir su utilización para la cobertura de

año 2014, sobre la inconveniencia de suscribir contratos menores sucesivos para la adquisición de bienes o servicios que se requieren repetidamente, por responder a necesidades de carácter recurrente, periódico o permanente⁹.

Sin embargo, este límite al mal uso de la contratación menor para cubrir necesidades periódicas o recurrentes que, como se ha dicho, no es nuevo, tampoco da respuesta, como sucede con la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos, a cuál es la finalidad de la limitación de contratos menores sucesivos a una misma empresa, sino únicamente a la licitación de contratos menores sucesivos con un mismo objeto.

- Evitar la adjudicación directa de contratos menores de manera reiterada a la misma empresa, es decir, incrementar la competencia y promover la diversificación de empresas que resultan adjudicatarias de estos contratos, “repartiendo” el mercado para evitar, tal como se ha señalado que se dice en la exposición de motivos, generar desigualdades entre las empresas favoreciendo siempre a la misma.

Esta finalidad, específica de la nueva limitación de suscribir menores con una misma empresa, se adiciona a la finalidad, cubierta como se ha dicho con el primer inciso del artículo 118.3 de la LCSP, de uso adecuado de la contratación menor, que persigue la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos.

Así, tratándose de contratos menores adecuados, por no corresponderse a fracciones de un contrato o no obedecer a la voluntad de cubrir necesidades recurrentes que procediera vehicular, con la debida planificación y programación previa, a través de otras figuras previstas en la LCSP –como los sistemas de racionalización de la compra, los contratos de obras o servicios que consisten en repetición, contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva–, el plus que añade esta nueva obligación es que dichos contratos menores adjudicados haciendo un uso adecuado de esta figura, se contraten

necesidades periódicas o recurrentes, que podrían satisfacerse mediante otros procedimientos de contratación si la necesaria planificación fuese adecuada.”

⁹ Informe 14/2014, de 22 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de la Generalitat de Catalunya, sobre “Contratación de prestaciones para cubrir necesidades de carácter recurrente o periódico. La contratación menor y la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos del sector público”, en el cual también se recordó que la contratación menor, prevista tradicionalmente en nuestro derecho de contratación pública, comporta una simplificación y una agilización procedimental necesarias en determinadas circunstancias y para determinadas adquisiciones o aprovisionamientos; que su finalidad es posibilitar una satisfacción rápida de determinadas necesidades, a través de un procedimiento ágil y sencillo, dada la escasa cuantía y duración temporal de los contratos mediante los cuales se pretenden cubrir; que su aplicación supone la excepción de los principios de libertad de acceso a las licitaciones y publicidad, así como la inaplicación del deber de salvaguardia de la libre competencia y de selección de la oferta económicamente más ventajosa y que es justamente por este motivo que la utilización de la figura contractual de los contratos menores ha sido objeto en múltiples ocasiones de delimitación, cuando no de restricción, en diferentes ámbitos organizativos y mediante diferentes instrumentos jurídicos, de manera que la contratación menor sería más propia de la satisfacción de necesidades puntuales que periódicas.

con varios empresarios con capacidad y con la habilitación profesional que, en su caso, sea necesaria para realizar la prestación y no siempre con los mismos, tomando como topes máximos cuantitativos de este límite el de los valores estimados que como máximo pueden tener estos contratos.

Por lo tanto, dado que la limitación que se analiza se establece por empresa contratista, hay que entender que su finalidad es esta, evitar el favorecimiento a una empresa, o la ausencia de “reparto” de mercado con la adjudicación de contratos menores reiteradamente a una misma empresa. Ciertamente, la limitación de contratar con la misma empresa un determinado volumen de contratos menores no parece que pueda tener como finalidad evitar el fraccionamiento de los contratos menores y la contratación de necesidades recurrentes y sucesivas a través de estos contratos ya que, de hecho, por sí sola permite la contratación menor sucesiva, siempre que se haga con diferentes empresas contratistas.

Estas otras finalidades de no fraccionamiento y no cobertura de necesidad recurrentes se alcanzan, en cambio, tanto a través de la previsión en la propia LCSP de la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos, que ahora hay que justificar expresamente para los menores mediante la justificación de no haberlo “alterado”; como con la obligación de programación establecida ahora expresamente en la LCSP¹⁰; e incluso con la obligación de tener en cuenta, en el cálculo del VEC, el valor 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 o en el transcurso del ejercicio¹¹.

En definitiva, la finalidad de evitar la falta de rotación o de diversificación de empresas contratistas y, por lo tanto, el favorecimiento de una empresa contratista determinada frente el resto, es coherente con la redacción de la limitación, referida al deber de justificar y comprobar el cumplimiento de la regla según la cual “el contratista no ha suscrito más contratos menores (...)”, que se focaliza en cuál es la empresa a la que se adjudica el contrato y no en el contenido de éste, al cual sí que se refiere, como se ha dicho, la obligación de justificación de no estar alterando el objeto, que la precede y a la cual complementa o se suma, tal como indica el uso de la conjunción “y”.

¹⁰ El apartado 4 del artículo 28 dispone literalmente que “las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada”.

¹¹ El apartado 10 del artículo 101 de la LCSP dispone que en los contratos de suministro o de servicios que tengan un carácter de periodicidad, o de contratos que se deban renovar en un período de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades: a) El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial; b) El valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega o en el transcurso del ejercicio, si este fuera superior a doce meses.

Adicionalmente, también hay que tener en cuenta que la exclusión de los supuestos en que concurra exclusividad, la cual carece de sentido en caso que la finalidad de la limitación que se analiza se vincule a la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos o a la de no cubrir necesidades recurrentes con estos contratos menores, y al consiguiente deber de planificación de la contratación, es coherente con el hecho de que la finalidad de la limitación sea evitar la falta de rotación o el favorecimiento de una empresa contratista determinada frente el resto, afectando a la competencia. Así, con esta finalidad, tiene sentido dicha excepción, para permitir poder contratar reiteradamente a la misma empresa sin límite cuantitativo si se trata de obras, servicios o suministros que sólo pueden ser encomendados a una empresa, a pesar de operar, en estos casos también, la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos –si la finalidad de la norma fuera evitar el fraccionamiento de los contratos para poder contratar las fracciones mediante menores o evitar que se pretendan cubrir necesidades recurrentes mediante sucesivos contratos de estos tipos, esta excepción perdería su sentido.

Por lo tanto, con esta exclusión se admite la reiteración de empresa contratista en caso de que, por razones de exclusividad técnica o artística, se trate de la única empresa que puede llevar a cabo una determinada prestación, no operando el límite del volumen máximo de contratos menores adjudicados a una misma empresa, pero sí que, en cambio, los límites de no fraccionamiento del objeto de los contratos y de no cobertura de necesidades recurrentes con estos contratos.

Por lo tanto, hay que entender que el apartado 3 del artículo 118 de la LCSP establece dos obligaciones diferentes y complementarias, una primera relativa al objeto de los contratos menores, y una segunda relativa a las empresas que tienen que ser contratistas, cada una de las mismas tiene su finalidad diferente y complementaria de la otra. La primera, evitar fraccionamiento y la falta de planificación necesaria para cubrir necesidades periódicas y recurrentes –en definitiva, evitar el fraccionamiento, tanto el directamente fraudulento como aquel que sea debido a una incorrecta planificación y mala praxis–; y la segunda, limitar la posibilidad de que los contratos menores, a pesar de estar debidamente calificados como tales por provenir de una necesidad real y no fraccionada o incorrectamente planificada, se adjudiquen repetidamente a las mismas empresas.

III. Una vez analizada la finalidad de las limitaciones establecidas en el artículo 118.3 de la LCSP objeto de informe, y tomándola como referencia, puede interpretarse el alcance del artículo 118.3 de la LCSP para dar respuesta a las concretas cuestiones planteadas, la primera de ellas, relativa al ámbito temporal de la limitación establecida en el artículo que se analiza.

Este aspecto es, posiblemente, el ejemplo más claro de la deficiencia legislativa de este precepto, por la ausencia de una previsión del todo necesaria que hay que cubrir por vía interpretativa, dada la desproporción que supondría entender, de acuerdo con el literal de

la LCSP, que la prohibición de suscribir un determinado volumen de contratos menores con una misma empresa se establece sin límite o acotación en el tiempo¹².

En todo caso, se considera necesario descartar, ya de entrada, la posibilidad planteada por la ACM de que –en ausencia de despliegue reglamentario que, se presupone en el escrito de petición de informe, acotará este aspecto– el sistema de cómputo lo determinen los respectivos órganos de contratación “en las bases de ejecución del presupuesto del ente local”, tanto por la falta de cobertura normativa de esta posibilidad, como para entender que el sistema de cómputo tiene que ser el mismo para todos los órganos de contratación y estable en el tiempo.

Con respecto al ámbito temporal, partiendo del hecho de que esta limitación parece que se tiene que circunscribir al período de duración de los contratos menores¹³ –por ser la única referencia temporal de que se dispone respecto de estos contratos–, la cuestión que se plantea es si se tiene que contar por anualidad presupuestaria o por año natural, contado de fecha a fecha.

En todo caso, respecto de la determinación de cuál de los dos sistemas de cómputo señalados tiene que ser el aplicable a la limitación de suscribir el máximo de contratos menores con una misma empresa, hay que señalar, en primer término, que ambos sistemas se consideran adecuados y válidos, no siendo la Ley la que lo concrete y teniendo los dos argumentos que los avalan, tal como prueba el hecho de que las dos Juntas Consultivas que hasta el momento se han pronunciado sobre esta cuestión lo han hecho en sentidos diferentes, cada una llegando a considerar aplicable, con sus respectivos argumentos, el cómputo de la anualidad por los dos diferentes sistemas señalados¹⁴.

¹² Aunque el hecho de que la enmienda de la que trae causa esta previsión hiciera referencia expresa al hecho de que la empresa contratista no hubiera suscrito más contratos menores “en la misma anualidad” y que se aceptara la inclusión del redactado de la enmienda suprimiéndose la acotación temporal, parecería llevar a tener que considerar que la voluntad del legislador fue la de no delimitarla temporalmente.

¹³ De acuerdo con el artículo 29.8 de la LCSP, los contratos menores no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.

¹⁴ La Junta del Estado en el Informe emitido en el Expediente 42/2017, ya mencionado, ha entendido que el límite temporal tiene que ser el que marca la Ley respecto de la duración de los contratos menores y, atendiendo al hecho de que la LCSP no contempla otro trámite que la incorporación de la factura en el expediente, considera que este es el momento de inicio del cómputo –además, considera que el cómputo por ejercicio presupuestario no tendría mucho sentido para los contratos ejecutados al final del ejercicio y que se trataría de una opción convencional y menos segura. Por su parte, la Junta de Aragón en el Informe 3/2018, de 13 de febrero, considera aplicable el criterio de la anualidad presupuestaria porque conecta directamente tanto con la necesaria planificación contractual como con los controles financieros que realiza la Intervención, teniendo en cuenta, además, que los trabajos parlamentarios y los antecedentes legislativos apuntan en la misma dirección.

Así, dado que la referencia anual se toma, como se ha dicho, por ser la única referencia temporal establecida por la normativa respecto de estos contratos y que dicha referencia se establece con respecto a su duración sin circunscribir el año que sea coincidente con el ejercicio presupuestario, parecería adecuado entender que este límite tiene que operar respecto del año natural, contado desde la fecha de perfección de cada uno de los contratos menores. Sin embargo, teniendo en cuenta que el precepto que se analiza tiene por objeto establecer una limitación que se tiene que justificar en los expedientes de contratación y que está vinculada a la necesaria programación que tienen que llevar a cabo los órganos de contratación tomando como base el ejercicio presupuestario¹⁵, parece más adecuado, en ausencia de concreción legal, que esta limitación se circunscriba al año presupuestario, para facilitar –e, incluso, permitir– tanto su cumplimiento, como el control de éste.

Esta necesidad de velar por el correcto control del cumplimiento de la obligación legal es especialmente relevante en el ámbito de Cataluña, dado que la obligación introducida en el artículo 118.3 de la LCSP se añade a la establecida, respecto de estos mismos contratos, en el artículo 159 de la Ley 5/2017, del 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, que lleva por título “Medidas para promover la libre concurrencia y la prevención del fraude en la contratación pública de la Generalidad y de su sector público”, el cual incluye, entre las “Medidas de promoción de la libre concurrencia y la publicidad contractual”, la siguiente: “La formalización de más de dos contratos menores consecutivos con idéntico objeto y adjudicatario en un período de tiempo inferior a un año o la formalización de contratos menores con idéntico objeto y destinatario durante tres años consecutivos requiere la emisión de un informe justificativo por parte del órgano de contratación, en el caso de servicios y suministros superiores a 5.000 €, IVA excluido, y en el caso de contratos de obra de un importe superior a 12.000 €, IVA excluido. Este informe debe publicarse en la Plataforma de Servicios de la Contratación Pública y en el Portal de la Transparencia de la Generalidad”.

Por lo tanto, a la vista de las dos regulaciones, autonómica y estatal, que establecen limitaciones de los contratos menores sin precisar adecuadamente el ámbito temporal –la primera por falta de concreción, si bien de la expresión “durante tres años consecutivos” parece desprenderse que alude a ejercicios presupuestarios, y la segunda por omisión total–, se puede entender que se tienen que aplicar tomando como ámbito temporal el del ejercicio presupuestario, tanto para permitir el control del cumplimiento, como por ser ésta la base sobre la que las entidades del sector público tienen que efectuar la programación de su contratación.

En último término, con respecto a la cuestión planteada por la DGCP relativa a si “la aplicación de esta limitación, se tiene que entender que afecta a la contratación menor que se formalice con posterioridad en la entrada a vigor de la Ley”, la respuesta tiene que

¹⁵ De conformidad con el art. 28.4 de la LCSP, las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales.

ser afirmativa, dada la regla general del derecho de irretroactividad de las normas¹⁶, de manera que tanto la limitación que establece como las obligaciones de justificación que impone se aplican únicamente a los contratos menores que se suscriban con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP.

Cuestión diferente es la de si para entender copado el volumen máximo de contratos menores que se puede suscribir con una misma empresa hay que tener en cuenta únicamente los contratos suscritos con ésta a partir de la entrada en vigor de la LCSP o todos los contratos menores que se hayan suscrito con aquella determinada empresa en el ejercicio presupuestario en que ha entrado en vigor la Ley. Respecto de esta cuestión, si bien se entiende el criterio de la Junta del Estado que contabilizar en el volumen máximo los contratos menores suscritos en el periodo que se tome como referencia no conlleva una aplicación retroactiva de la norma, en la medida en que la limitación y las obligaciones de justificación que impone se aplican únicamente a los contratos menores suscritos una vez ha entrado en vigor la LCSP, también se entiende que tener en cuenta contratos menores anteriores a dicha entrada en vigor, a efectos del cómputo del volumen máximo de contratos menores con una misma empresa, conlleva *de facto* aplicar también a aquellos contratos la limitación que se analiza. Por este motivo, se considera más conforme con derecho que todo el régimen derivado del artículo 118.3 de la LCSP, incluido el inicio del cómputo del volumen máximo de menores, se aplique tomando como fecha de inicio de dicha aplicación, la de la entrada en vigor de la Ley.

Así, a partir de la entrada en vigor de la Ley, resulta exigible tanto la obligación de justificar que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de la normativa de contratación –la obligación de justificación, no la obligación de no hacerlo, que ya operaba con anterioridad a esta nueva Ley–, como la obligación de comprobar que no se han suscrito en aquel ejercicio un volumen de contratos menores con una determinada empresa superior al permitido por la LCSP, tomando en consideración, para el inicio del cómputo del volumen máximo del presente ejercicio, el día 9 de marzo.

IV. La segunda de las cuestiones que se plantea es la relativa al ámbito objetivo de la limitación que se analiza y, en concreto, si la limitación hay que entenderla establecida con independencia del objeto contractual de que se trate, o bien si sólo tiene que resultar de aplicación tratándose de contratos menores que tengan el mismo objeto.

Dada la finalidad de la limitación de suscribir más de un determinado volumen de contratos menores con una misma empresa, de acuerdo con lo que se ha expuesto en la consideración jurídica II de este informe, hay que entender que, si bien la conveniencia de aumentar la competencia “diversificando” las empresas con las que suscribir contratos menores tiene que operar respecto de todos ellos, la limitación de no contratar con la misma empresa más de un determinado volumen de contratos tiene todo el sentido en el caso de que se trate de contratos con un mismo objeto, ya que es respecto de estos que se establece la competencia entre empresas existentes en un determinado mercado.

¹⁶ De acuerdo con el artículo 2 Código Civil, las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario.

Este ámbito objetivo de aplicación de la limitación parecería que es coincidente con el considerado por la Junta Consultiva de Aragón en el Informe 3/2018 ya mencionado, en el cual, después de considerar que su finalidad es evitar la utilización de contratos menores para cubrir necesidades periódicas o recurrentes que podrían satisfacerse mediante otros procedimientos de contratación con una adecuada planificación, entiende que el carácter recurrente de la necesidad se plasma en “objetos de los contratos idénticos o al menos similares”. Sin embargo, la conclusión a la que llega es que la limitación –la “incompatibilidad” en términos de aquella Junta– establecida en este precepto opera respecto de contratos menores “de la misma tipología”, es decir, obras, servicios y suministros, a pesar de que los objetos contractuales respectivos puedan no tener nada que ver unos con los otros –así, esta conclusión lleva a considerar que la limitación opera respecto, por ejemplo, de un contrato de servicios informáticos y de un contrato de agencia de viajes con los cuales, en ningún caso, se puede considerar que pretendan cubrir necesidades periódicas o recurrentes por ser independientes el uno del otro.

También la Junta Consultiva del Estado, en los informes emitidos en los expedientes 41/2017 y 42/2017, antes mencionados, al interpretar que la finalidad de la limitación es la proscripción de la división arbitraria del contrato para defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor, hace referencia al hecho de que dicha interpretación 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 cuando sus objetos sean cualitativamente distintos. Sin embargo, esta Junta Consultiva va más allá al circunscribir la limitación a prestaciones que constituyan una “unidad de ejecución en lo económico y lo jurídico”, de manera que entiende que no tiene que operar la limitación respecto de objetos equivalentes si “no hay ninguna duda” de que no constituyen dicha unidad.

Respecto de esta “flexibilización” de la limitación impuesta en el artículo 118.3 de la LCSP hay que señalar que, dado que, como se ha dicho, de la dicción de este precepto se constata que establece dos obligaciones complementarias y con diferentes finalidades –la relativa al deber de no alterar el objeto del contrato para evitar la aplicación de la normativa de contratación, que tiene como finalidad un uso adecuado de los contratos menores, para que no resulten de un fraccionamiento fraudulento del objeto del contrato, “y” la relativa a la no suscripción de más de un determinado volumen de contratos menores con una misma empresa–, no se puede considerar que la limitación de contratar reiteradamente a la misma empresa opere sólo cuando se ha producido aquel fraccionamiento. Realmente, sería del todo inadecuado el establecimiento de una regulación que fijara una obligación para el caso de incumplimiento previo de la norma, más allá del deber de restablecimiento o de finalización del incumplimiento. Por este motivo, no se puede compartir la interpretación de que el precepto que se analiza establece la obligación de comprobación de no suscribir más de un determinado volumen de contratos menores con una misma empresa, en los casos en que estos contratos se suscriban incumpliendo la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos. De hecho, en caso de fraccionamiento indebido del objeto de un contrato, los contratos menores que resultaran serían nulos de pleno derecho, por suscribirse prescindiendo totalmente y absolutamente del procedimiento establecido, sin tener sentido en este caso

tener que entrar a considerar cuál es la empresa que puede ser la contratista por no haber suscrito contratos menores previos.

En definitiva, se considera que la limitación de contratar con una misma empresa contratista un determinado volumen de contratos menores cumple con su finalidad y tiene su razón de ser respecto de contratos con los mismos objetos, y que esta limitación no sólo opera respecto de contratos menores nulos de pleno derecho por resultar del fraccionamiento indebidamente del objeto de un contrato mayor.

Con respecto a la concreción de cuando debe entenderse que se trata de los mismos objetos, y en concreto, respecto de la cuestión de si tiene que tratarse de contratos idénticos o es suficiente que sean similares, hay que entender que tienen que ser contratos que tengan por objeto las mismas prestaciones¹⁷, sustancialmente, sin que, tratándose de un contrato con varias prestaciones, la incorporación o la supresión de alguna de ellas se considere suficiente para permitir que se contrate a una empresa a la cual ya se le ha adjudicado el volumen máximo de contratos menores para el respectivo periodo. No se considera, por lo tanto, necesario que para que la limitación opere tenga que tratarse de contratos con una coincidencia exacta de prestaciones, de manera que se permitiera esquivar la aplicación de la limitación con pequeñas modificaciones de los objetos contractuales.

Por lo tanto, la coincidencia de objetos contractuales hay que establecerla en función de similitud de las prestaciones que los componen, sin tener que tener en cuenta, a estos efectos, la diferenciación entre las unidades destinatarias del contrato de un mismo órgano de contratación a que se alude en la consulta. De hecho, entenderlo de forma contraria –es decir, que el objeto es diferente por ser diferente la unidad destinataria– consistiría, *de facto*, en interpretar que el límite que se analiza se establece, no por órgano de contratación y por objeto contractual, sino por unidades destinatarias. Asimismo, se considera que tampoco se puede circunscribir la identidad de objetos a los supuestos en que estos tengan “un mismo ámbito temporal de prestación, ejecución o entrega”, los cuales dependerán de las características concretas de las necesidades puntuales que se tengan que cubrir con contratos menores, de manera que previsiblemente irán variando, pudiendo dar lugar, por lo tanto, esta interpretación, a la elusión de la limitación, con la consiguiente pérdida de la finalidad que pretende.

V. En último lugar, hay que dar respuesta a la cuestión planteada por la ACM relativa a si se tiene que entender que el límite de contratos menores suscritos con una misma empresa también tiene que operar en casos de “consulta en tres o más empresas, o su publicación en el perfil de contratante”.

Ciertamente, teniendo en cuenta la finalidad de esta limitación, de no beneficiar indebidamente a determinadas empresas respecto de otras e incrementar la

¹⁷ Habría que vincular esta coincidencia con la necesidad que se pretende cubrir con la contratación de las prestaciones correspondientes, y con su necesaria relación con el objeto del contrato, que tiene que ser directa, clara y proporcional, de acuerdo con lo que disponen los artículos 29 y 116 de la LCSP.

competencia, de modo que, a pesar de poder seguir escogiendo directamente a la empresa con la cual suscribir los contratos menores, estos no se suscriban siempre con las mismas empresas, deja de tener sentido aplicarla si se da publicidad a la “licitación” del contrato menor y se selecciona a las empresas que tengan que resultar adjudicatarias por haber presentado la oferta más ventajosa y no directamente.

La exposición de motivos del Decreto-Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía, del Gobierno de Aragón, alude también a esta pérdida de sentido de la aplicación de la limitación en los supuestos en que se da publicidad de la licitación, cualquier empresa se puede presentar y el contrato se adjudica a la mejor oferta, señalando, además, que sería contrario al principio de igualdad de trato a los licitadores y que supondría *de facto* una prohibición de contratar para quien presenta la mejor oferta en respuesta a un anuncio de licitación en el perfil de contratante en el marco de un contrato de pequeña cuantía, que sería incoherente con los procedimientos ordinarios en los que no se dispone prohibición de contratar futura para quien resulte adjudicatario.

Sin embargo, dado que la LCSP no contiene ninguna excepción a la aplicación de la limitación establecida en el artículo 118, y con la voluntad de no hacer decir a la Ley aquello que no dice más allá de lo que es estrictamente indispensable para poder aplicarla –como son el límite subjetivo, objetivo y temporal que se han analizado–, hay que afirmar que la única vía prevista en la LCSP para evitar la aplicación del límite de adjudicación de contratos menores a una misma empresa es, justamente, no suscribir estos contratos, sino contratos de valores estimados reducidos a través del procedimiento abierto simplificado abreviado.

A esta misma conclusión ha llegado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en el Informe 3/2018, de 13 de febrero, ya mencionado, en el cual afirma que el hecho de dar publicidad al contrato menor “no puede servir por sí mismo para alterar un régimen jurídico claramente establecido en la Ley, lo que supondría *de facto* la creación un procedimiento nuevo, no regulado en la Ley”.¹⁸

Entendiendo, por lo tanto, que la redacción del artículo 118 de la LCSP no permite considerar que no resulta de aplicación este límite en el caso de publicar anuncios para la

¹⁸ Para dar cobertura legal a este supuesto, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón se ha aprobado el Decreto-Ley 1/2018, de 20 de marzo, ya mencionado, el artículo único del cual modifica la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, añadiendo la siguiente previsión: “La licitación de los contratos menores, cualquiera que sea su cuantía, podrá ser objeto de publicidad en el perfil de contratante. En tal caso, el plazo para la presentación de proposiciones no podrá ser inferior a cinco días hábiles, a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante. En el anuncio se identificará el objeto del contrato y las prestaciones que lo integran, los criterios de adjudicación, y cualesquiera circunstancias que hayan de tenerse en cuenta durante la ejecución del mismo. Podrá presentar proposición cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación. Los contratos menores adjudicados con publicación de un anuncio de licitación no limitarán la adjudicación de ulteriores contratos menores por el mismo procedimiento. La celebración de contratos menores se consignará en el registro de contratos de la entidad contratante”.

adjudicación de los contratos menores, todavía menos se puede entender que este límite no fuera de aplicación cuando, sin publicidad, se pidiera oferta a un determinado número de empresas.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula las siguientes

CONCLUSIONES

I. La finalidad de la nueva limitación establecida en el artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, relativa al volumen máximo de contratos menores que se pueden adjudicar a una misma empresa, es incrementar la competencia, evitando generar desigualdades entre las empresas, favoreciendo siempre a la misma con la suscripción de sucesivos contratos menores, y promoviendo la diversificación de empresas contratistas de estos contratos. Dicha finalidad, específica de esta limitación, se adiciona a la finalidad que persigue la prohibición de fraccionamiento del objeto de los contratos, prevista con carácter general para todos los contratos públicos y ahora expresamente también para los contratos menores, de que se haga un uso adecuado de la contratación menor.

II. El periodo anual que hay que entender como ámbito temporal aplicable a la limitación de suscribir un determinado volumen de contratos menores con una misma empresa contratista, se considera conveniente computarlo por ejercicio presupuestario, tanto con la finalidad de permitir el control del cumplimiento de dicha limitación –que en Cataluña se añade a la establecida en el artículo 159 de la Ley 5/2017, del 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público–, como por ser ésta la base sobre la que las entidades del sector público tienen que efectuar la programación de su contratación.

III. La limitación de suscribir un determinado volumen de contratos menores con una misma empresa contratista hay que entenderla referida a contratos con los mismos objetos, considerados como aquellos que se componen de prestaciones sustancialmente coincidentes.

IV. El hecho de dar publicidad a los contratos menores, o de solicitar ofertas a un número determinado de empresas, no impide que, si el contrato que se licita es un contrato menor, le resulten de aplicación todas las limitaciones que el artículo 118.3 de la LCSP establece, sin prever excepciones, para estos contratos.

Barcelona, 20 de abril de 2018