

GTA VILLAMAGNA

ABOGADOS



ALERTA

Contratación Pública

Marzo 2018

Algunas novedades en la regulación de los contratos menores

NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS MENORES: SOBRE LA PROHIBICIÓN DE QUE UN MISMO CONTRATISTA PUEDA SUSCRIBIR CON UN MISMO ÓRGANO DE CONTRATACIÓN CONTRATOS MENORES QUE SUPEREN DETERMINADOS UMBRALES MÁXIMOS

I.- INTRODUCCIÓN

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, la “**LCSP**”), introduce novedades en la regulación de los contratos menores, reduciendo su cuantía y exigiendo mayores garantías en la tramitación del expediente de contratación. En efecto:

- De conformidad con el artículo 118.1 de la LCSP, el valor estimado de los **contratos menores de obras no puede superar los 40.000 €**, frente a los 50.000 € que exige el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, el **TRLCSP**). Del mismo modo, **el límite cuantitativo respecto de los contratos de servicios y suministros se establece en 15.000 €** en lugar de los 18.000 € de la regulación anterior. Por otro lado, al referirse a estos efectos la LCSP al “valor estimado”, debe entenderse IVA excluido, conforme al artículo 101 de la LCSP.
- Con respecto al expediente del contrato menor, además de la aprobación del

gasto y de la incorporación al mismo de la correspondiente factura (que ya preveía el artículo 111 del TRLCSP), se exige la justificación de los siguientes extremos:

- la **necesidad del contrato**;
 - que **no se ha alterado el objeto del contrato** (por ejemplo, mediante su fraccionamiento) para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación; y
 - que **el contratista no ha suscrito más contratos que individual o conjuntamente superen los umbrales máximos de los contratos menores** (artículo 118.3 de la LCSP).
- Así mismo, se exige la publicación del contrato menor en el perfil del contratante, que podrá realizarse de forma agrupada con carácter trimestral conforme al artículo 63.4 de la LCSP. La referida publicación deberá contener, al menos, el objeto, la duración, el importe de adjudicación, incluido el IVA, y la identidad del adjudicatario, dato que resulta fundamental puesto que los contratos se han de ordenar teniendo en cuenta la identidad del adjudicatario, y ello precisamente con el fin de verificar el cumplimiento de la limitación antes señalada.

Sobre la referida limitación contenida en el artículo 118.3 de la LCSP (que no podrá ser adjudicatario de un contrato menor cuando con anterioridad le hubiesen sido adjudicados otros cuyo valor estimado sumase dicha cuantía), a la que se refiere específicamente la presente alerta, se ha pronunciado recientemente:

- ✓ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante, la “**JCCA**”) de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 3/2018, de 13 de febrero (en adelante, el “**Informe de la JCCA de Aragón**”).
- ✓ La JCCA del Estado en sus Informes 42/2017 (en adelante, el “**Informe 42/2017**”), y 5/2018 (en adelante, el “**Informe 5/2018**”), ambos de 2 de marzo de 2018.

Los referidos informes, aun cuando carecen de carácter vinculante para los órganos de contratación, resultan de interés, pues, salvo error por nuestra parte, son los primeros que se pronuncian sobre el alcance del artículo 118.3 de la LCSP, tal y como a continuación se expone.

II.- SOBRE EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA LIMITACIÓN DEL ARTÍCULO 118.3 DE LA LCSP

En el Informe de la JCCA de Aragón se critica la falta de claridad del artículo 118.3 de la LCSP, toda vez que de su tenor literal resulta difícil deducir a qué contratos menores se está refiriendo.

No obstante, se sostiene que la limitación del artículo 118.3 de la LCSP “*debe operar respecto de los anteriores contratos menores de la misma tipología de aquel que pretenda adjudicarse. Es decir, respectivamente entre los contratos de obras, o de servicios o de suministros anteriormente adjudicados respecto al concreto contrato de obras, o de servicios o de suministros que pretenda adjudicarse.*”

Es decir, en el aludido Informe se sientan las bases de lo que parece una conclusión acorde con la finalidad de la limitación, como es evitar el fraccionamiento de los contratos

públicos. No sería lógico concluir que la limitación a la que nos referimos, contenida en el artículo 118.3 de la LCSP, tenga también como objetivo alcanzar un reparto entre el mayor número de proveedores de servicios posible.

Y aunque el Informe no es quizá todo lo claro que hubiera sido deseable, a nuestro juicio la interpretación de la mencionada limitación debe hacerse atendiendo a la aludida finalidad de evitar el fraccionamiento del objeto del contrato, no simplemente a la tipología contractual. Lo relevante será la conexión que pueda tener el objeto de cada uno de los contratos menores adjudicados al mismo contratista, de forma que si existiera esa conexión, se activará la referida limitación. Podría decirse que se establece una especie de presunción de fraccionamiento cuando exista esa conexión, aunque no haya existido intención alguna de fraccionar.

Esta es la interpretación que, a nuestro juicio, sería procedente, teniendo en cuenta además lo señalado en el Informe 42/2017 de la JCCA del Estado, a cuyo tenor “*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.*”

En definitiva, la finalidad del artículo 118.3 de la LCSP es evitar que un contrato superior a los umbrales, que contenga

distintas prestaciones conexas (que formen una unidad funcional), se desgaje en diferentes contratos menores.

III.- SOBRE EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LIMITACIÓN DEL ARTÍCULO 118.3 DE LA LCSP

El Informe de la JCCA de Aragón también aborda la cuestión relativa a si la limitación se aplica respecto a los contratos que celebre el contratista con cada uno de los órganos de contratación (si hay varios) del mismo poder adjudicador, inclinándose por esta segunda opción de acuerdo con el tenor literal del artículo 118.3 de la LCSP, que señala que *“el órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla”*.

Según esta interpretación, el hecho de que se hayan adjudicado contratos menores por parte de un órgano de contratación hasta alcanzar el umbral máximo, no impedirá que otro órgano de contratación de la misma entidad contratante pueda adjudicar contratos al mismo contratista. Lo relevante no es la persona jurídica (ente adjudicador) sino el órgano de contratación interno correspondiente.

Hay que ser conscientes, no obstante, que el argumento que soporta esta interpretación es endeble, pues se apoya en una obligación de “comprobación” por parte del órgano de contratación, lo que perfectamente podría alcanzar a comprobar si otros órganos de contratación del mismo ente contratante han adjudicado contratos menores al mismo contratista. Ahora bien, lo cierto es que si se tratara de órganos de contratación distintos, normalmente no existiría la conexión a la que se ha aludido en el apartado II anterior, conexión necesaria, en nuestra opinión, para que se active la limitación.

IV.- SOBRE EL ÁMBITO TEMPORAL DE LA LIMITACIÓN DEL ARTÍCULO 118.3 DE LA LCSP

Aun cuando el artículo 118.3 de la LCSP no contiene ningún límite temporal, ambas JCCA consideran que la limitación subjetiva para la adjudicación de nuevos contratos menores no puede ser indefinida.

Así, la JCCA de Aragón sostiene que la referida limitación opera por anualidad presupuestaria, en coherencia con:

- El artículo 29.8 de la LCSP, que limita la duración de los contratos menores a un año improrrogable y el artículo 101.10 de esta misma norma, que también hace referencia a dicho plazo, aunque expresado en meses.
- La redacción de la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en virtud de la que se incluyó este tercer apartado al artículo 118 de la LCSP, que hacía mención expresa al plazo de un año.
- La regla de la anualidad, que es un principio básico del Derecho presupuestario recogido en el artículo 27.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
- Lo dispuesto en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, que en su artículo 73.6 establece: *“Ninguna Administración o profesional puede ser adjudicataria dentro de la misma administración contratante 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 excluidos, en el resto de contratos.”

Por tanto, de acuerdo con esta JCCA, habrá que atender a estos efectos al ejercicio presupuestario cuando se “suscriba” el contrato, aunque la ejecución del contrato menor concluya más allá de dicho ejercicio presupuestario.

Sin embargo, la JCCA del Estado rechaza el criterio del año presupuestario, al entender que este plazo resultaría beneficioso para los contratos suscritos al final del mismo, y considera que la limitación se debe extender a los doce meses inmediatamente anteriores a la suscripción del nuevo contrato.

Además, la JCCA del Estado sostiene que en el cómputo de dicho plazo de doce meses deben tenerse en cuenta los contratos menores suscritos al amparo de la TRLCSP (es decir, anteriores al 9 de marzo de 2018), sin que esto suponga, a su juicio, la aplicación retroactiva de la nueva ley a los contratos anteriores.

Cuestión distinta es lo que debe entenderse por “suscribir” el contrato (expresión que se utiliza en el artículo 118.3 de la LCSP), especialmente si se tiene en cuenta lo que señala en artículo 36.1 de la LCSP (“*Los contratos que celebren los poderes adjudicadores, a excepción de los **contratos menores** y de los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición a los que se refiere el apartado 3 de este artículo, se perfeccionan con su formalización*”). Luego a sensu contrario, los contratos menores no se perfeccionan con su formalización, lo que lleva con naturalidad a su perfección con la adjudicación.

Dicho esto, parece lógico concluir que la “suscripción” a la que se refiere el artículo 118.3 de la LCSP hay que ligarla al acto de adjudicación. Ahora bien, dado que la principal prueba de la adjudicación del contrato menor es la aprobación del gasto, el periodo de doce meses deberá contarse desde dicho momento, tal y como interpreta la JCCA del Estado en los Informes 42/2017 y 5/2018.

V.- OTRAS CUESTIONES

Por último, en el Informe de la JCCA de Aragón se señala que la limitación del artículo 118.3 de la LCSP aplica cuando el contrato menor ha sido adjudicado directamente, y cuando se haya seguido un procedimiento en el que haya existido algún tipo de concurrencia o publicidad, salvo que, como mínimo, se cumplan requisitos del procedimiento abierto simplificado.

Esta conclusión es lógica, pues la cuantía del contrato no excluye la posibilidad de utilizar procedimientos que fomentan más la concurrencia. Es decir, la circunstancia de que un contrato no supere el umbral para poder ser considerado como contrato menor, no impide que el órgano de contratación no le otorgue ese tratamiento; se trata de una opción de la que goza, no de una obligación. Y no se olvide que la limitación solo está prevista para los contratos menores; cuando no se le otorgue el tratamiento como tal, no operará la referida limitación.

Por último, en el Informe de la JCCA de Aragón se analiza el supuesto que se da especialmente en municipios pequeños, en qué únicamente pueda ser adjudicatario del contrato un empresario con el que ya se ha contratado por encima de los umbrales señalados.

De conformidad con el aludido Informe, esta situación no puede considerarse como una razón técnica que justificaría la utilización del procedimiento negociado sin publicidad de conformidad con el artículo 168. a). 2º LCSP.

No obstante, si concurren los requisitos para que opera la limitación, el órgano de contratación podrá optar por no dispensar al contrato el tratamiento como contrato menor

(a pesar de su cuantía), convocando en su lugar un procedimiento abierto simplificado (que, como se señala en el propio Informe de la JCCA de Aragón, se trata de un procedimiento alternativo al de los contratos menores), lo que excluiría la aplicación de la limitación del artículo 118.3 de la LCSP y, en consecuencia, podría resultar adjudicatario quien fue o es contratista en virtud de un contrato menor.

CONTACTOS

Para más información pueden ponerse en contacto con:

Ernesto García-Trevijano Garnica

(+34) 91 781 35 28

ernestogtrevijano@gtavillamagna.com

Marta Plaza González

(+34) 91 781 35 28

martaplaza@gtavillamagna.com

Marta González-Llera

(+34) 91 781 35 28

martagllera@gtavillamagna.com

GTA VILLAMAGNA

ABOGADOS

Síguenos en:



La presente Alerta de Contratación Pública se ha cerrado a fecha 5 de marzo de 2018

Esta Alerta contiene, exclusivamente, información de carácter general y no constituye, ni pretende constituir, asesoramiento jurídico alguno sobre las materias contenidas en ella. Cualquier decisión o actuación basada en su contenido deberá ser objeto del adecuado asesoramiento profesional.