

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

Ref .: SUB/SCC/mvt-asm
Asunto : Informe 5/2018

INFORME 5/2018 DE 15 DE JUNIO 2018 . EXISTENCIA O NO DE FRACCIONAMIENTO EN DIVERSOS CONTRATOS SOMETIDOS A CONSULTA. LA OBLIGADA PLANIFICACIÓN GENERAL DE LAS NECESIDADES PREVIAS A LA ELECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN Y SU PERIODICIDAD. ACTUACIONES QUE NO PUEDEN SER OBJETO DE CONVENIO. CONCRECIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO.

ANTECEDENTES

En fecha 26 de abril de 2018, ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ajuntament de El Campello, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“Asunto: CONSULTA/INFORME EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. FRACCIONAMIENTO DE CONTRATOS.

En base a lo establecido en el artículo 3 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Consell le remito las siguientes consultas en materia de contratación dado que existen numerosas dudas sobre la posible existencia de fraccionamientos en los siguientes supuestos:

1- El Ayuntamiento organiza de forma anual un montaje del Belén Municipal en la Casa de Cultura:

la prestación se realiza en dos meses al año por importe 5.000,00 euros/año siempre en las mismas fechas. Esta actividad se viene repitiendo cada año durante varias legislaturas y se prevé que siga prestándose.

PREGUNTA: ¿ Se puede seguir contratando como contratos menores de forma anual o existiría fraccionamiento ?.

2.- El Ayuntamiento alquila a una empresa bicicletas de ciclo indoor: Este servicio se presta un día al año por importe de 1.800 euros/año. Esta actividad se viene repitiendo cada año durante varias legislaturas y se prevé que siga prestándose.

PREGUNTA: ¿ Se puede seguir contratando como contratos menores de forma anual o existiría fraccionamiento ?.

3.- Alquiler de equipos de música: Este servicio se contrata para la Concejalía de Deportes de forma puntual (un día) para varias actividades deportivas al año por importe anual de 3.000,00 euros/año. Este servicio también se contrata desde otras Concejalías para otro tipo de evento (actividades sociales, culturales, festivas...) de la misma manera, es decir con contratos menores.

El importe acumulado por dicho servicio al año excede del importe de los contratos menores. Esta actividad se viene repitiendo cada año durante varias legislaturas y se prevé que siga prestándose.

PREGUNTA: ¿ Se puede seguir contratando como contratos menores independientes por cada evento o existiría fraccionamiento ?. ¿ Se debería licitar un único contrato que englobe las necesidades de todas las Concejalías?.

4.- Otro tipo de contratos que el Departamento de Educación realiza, es el que tiene por objeto obras teatrales para los alumnos de los colegios públicos del Municipio. Resulta especialmente complicada su licitación puesto que no puede existir una planificación de las mismas, ya que éstas se contratan a iniciativa de los colegios públicos en función de la obra que ese año está en el mercado y les resulta de interés para sus alumnos. Cada año la Concejalía de Educación contrata obras teatrales diferentes de compañías y temática distintas. EL importe de cada espectáculo no excede de 1.000 euros, al año se realizará un máximo de 3. Esta actividad se viene repitiendo cada año durante varias legislaturas y se prevé que siga prestándose.

PREGUNTA: ¿ Se puede seguir contratando como contratos menores independientes por cada evento o existiría fraccionamiento ?

5.- Otro de los contratos que cuestionamos es el de adquisición de material deportivo. Cada año la Concejalía de Deportes hace un gasto de material de unos 20.000 euros. Dentro de este material se encuentra el necesario para desarrollar el programa municipal deportivo, en el cual las necesidades cambian cada año puesto que pueden introducirse nuevas actividades o puede romperse material, no siendo previsible en determinados supuestos. También se incluye merchandising, que cada año es diferente según los eventos que vayan a realizarse, que también cambian según el año de que se trate.

Por último se incluyen también trofeos y medallas que asimismo dependen de los eventos que vayan a realizarse y que cambian anualmente y sólo en algunos casos se repiten alguno de los eventos. Esta actividad se viene repitiendo cada año durante varias legislaturas y se prevé que siga prestándose.

PREGUNTA:¿ Se puede seguir contratando como contratos menores independientes por cada evento o existiría fraccionamiento ?

6.- Desde el área de Cultura se viene adjudicando con contratos menores obras teatrales directamente con artistas o con asociaciones culturales. En este aspecto existen varias casuísticas:

a) el importe anual de la suma de todos los actos que se contrata al mismo artista excede de un contrato menor, si bien de forma individual no alcanza el importe del contrato menor.

b) se contrata de forma puntual a un artista y no supere el importe del contrato menor.

c) se contrata de forma anual a los mismos artistas que en el año no superar el importe del contrato menor pero la suma de varios años sucesivos supera el importe del contrato menor.



d) se contrata de forma anual a los mismos artistas que en el año no superar el importe del contrato menor pero la suma de varios años sucesivos no supera el importe del contrato menor.

e) la suma de los contratos de distintos artistas por realizar obras teatrales al año, supera el contrato menor.

PREGUNTA:¿ Se puede seguir contratando como contratos menores independientes por cada evento o existiría fraccionamiento ?

7°.- Se formaliza desde hace varios años un convenio de colaboración entre este Ayuntamiento y una Universidad para la realización de cursos de invierno para mayores.

a) La Universidad asume:

+ la puesta a disposición de los recursos académicos docentes para los cursos (profesorados y material). La programación la establece la propia Universidad. Desde el Área se justifica el convenio con que dicha “Universidad es la única que ofrece el programa de mayores en el municipio de El Campello”

b) el Ayuntamiento realiza una aportación de 8.000,00 euros/año.

c) Desde el Área se viene justificando el convenio aplicando el art. 4.c del TRLCSP.

PREGUNTA: ¿ estaría excluida de la ley de contratos dicho convenio ? ¿ Debería licitarse como un contrato menor o debería tramitarse de otra forma?”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Las consultas formuladas por el Ayuntamiento pueden resumirse en dos cuestiones: por una parte, la relativa a determinar si se da un fraccionamiento ilícito o se abusa de la adjudicación directa en una serie de contratos menores de suministros o de servicios puntuales o de corta duración, pero que se repiten año tras año y, por otra parte, la de si la realización de cursos de invierno para personas mayores es una actividad que puede ser objeto de un convenio con una universidad y considerarse un negocio jurídico excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, de conformidad con lo que preveía antes el texto refundido de dicha ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), y ahora la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP).

Respecto a las consultas sobre el posible fraccionamiento del objeto de los contratos menores descritos por el Ayuntamiento y sobre la posibilidad de seguir adjudicándolos directamente sin licitación pública hay una observación previa que es necesario hacer: tanto en el TRLCSP como en la LCSP el contrato menor se define exclusivamente por su cuantía, sin más excepciones o particularidades que las que se puedan encontrar en los contratos basados o derivados de un acuerdo marco o en los contratos licitados por lotes, en los que tras su adjudicación pueden resultar contratos

que por su cuantía habrían tenido la consideración de contrato menor si sus prestaciones se hubieran contratado aislada o individualmente. Pero un contrato menor, insistimos, lo es por su cuantía y no porque se adjudique directamente a una empresa determinada y sin licitación pública, aunque se haya consultado a más de una empresa.

La consideración anterior es necesaria porque cuando el Ayuntamiento consultante plantea reiteradamente la cuestión de si se pueden continuar contratando como contratos menores (de forma anual o por evento) o existiría fraccionamiento en seis de los siete casos expuestos, se está refiriendo en realidad a si, amparándose en que son menores y en lo dispuesto actualmente en el artículo 131.3 de la LCSP, puede continuar adjudicando directamente dichos contratos, en lugar de utilizar el procedimiento abierto u otro de los previstos en la Ley y sometido a los principios de la publicidad, concurrencia no discriminación e igualdad de trato que han de regir la contratación del sector público, lo que debería hacerse aunque se trate de contratos menores siempre que sea posible y eficiente o conveniente para el interés general.

Con la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, esta consideración se ha visto aun más reforzada con la regulación del procedimiento abierto simplificado de tramitación sumaria, previsto en el artículo 159.6 de la Ley para los contratos de suministros o de servicios de valor estimado inferior a 35.000€ y para los contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000€, umbrales ambos que permiten la utilización de este procedimiento para la adjudicación de un amplísimo conjunto de contratos, incluyendo la totalidad de los contratos menores que se repiten ejercicio tras ejercicio y que son perfectamente previsibles como sucede en la mayoría de los descritos por el Ayuntamiento del Campello en su consulta.

En los casos concretos descritos en la consulta del Ayuntamiento se pueden distinguir al menos dos situaciones distintas: la de los contratos de servicios o de suministros de bienes corrientes (caso 1, 2, 3 y 5) que se repiten cada año y se prevé que sigan necesiéndose en ejercicios futuros, y la de los contratos que tienen por objeto obras teatrales (casos 4 y 6), en los que, además de las circunstancias anteriores, se incluyen servicios de interpretación artística y, por tanto, tendrían carácter privado a tenor de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 25.1 de la LCSP. En ambos casos, pero sobre todo en los primeros, ha de tenerse en cuenta en primer lugar que de acuerdo con el artículo 28.4 de la LCSP las entidades del sector público han de programar la actividad de contratación que desarrollarán cada ejercicio presupuestario o en períodos anuales y que dicha actividad ha de ajustarse, en general y siempre que sea posible, a los principios y finalidad establecidos en el artículo 1 de la misma ley.

En los casos anteriores de suministros o servicios comunes, si ni siquiera se anunciara su licitación en el perfil de contratante resultaría muy difícil justificar a partir de ahora y conforme a lo dispuesto actualmente en el artículo 118.3 de la LCSP, que no se está alterando el objeto del contrato y, sobre todo, que no se está haciendo con la intención de evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, entre otras cosas, porque se trata de servicios y suministros para actuaciones que se repiten cada ejercicio presupuestario (casos 1, 2 y 5), incluso dentro de un mismo ejercicio (caso 3), y para las que existe la decisión o la intención de repetirlas anualmente, al menos dentro de una legislatura. Por tanto, no parece que exista ningún impedimento ni circunstancia excepcional o imprevista que impida que, periódicamente y con la suficiente antelación, se programen y saquen a licitación pública, incluso por lotes si se estima conveniente, los servicios o suministros a los que se refiere la consulta, con un plazo de duración que puede abarcar más de un ejercicio o ser prorrogable si así se considera conveniente. En ambos caso parece posible, además, hacerlo en base a un sistema



de precios unitarios, lo que facilitaría la ejecución de las prestaciones que efectivamente pueda precisar el Ayuntamiento, dentro del presupuesto máximo establecido en la licitación, y que no pueda tener totalmente definidas en el momento de la licitación.

Un caso diferente lo constituyen las obras teatrales para los alumnos de los colegios públicos de los municipios (caso 4). De acuerdo con la información hecha constar en la consulta, se trata de obras teatrales de diferentes compañías para interpretaciones que no exceden de 1.000 euros por espectáculo. Damos por supuesto que la selección de cada compañía esta directamente relacionada con la obra teatral que representa, circunstancia que, además de la escasa cuantía, hace inapropiado cualquier procedimiento abierto de licitación. Pese a su carácter privado, el artículo 26.2 de la LCSP establece que a estos contratos, cuando los celebre una Administración Pública, les serán de aplicación igualmente los preceptos de la Ley en cuanto a su preparación y adjudicación. En este caso, debe considerarse, pues, que sólo caben dos opciones: o la adjudicación directa como contrato menor o el procedimiento negociado sin publicidad, en este último caso si la representación teatral se encuentra entre los supuestos previstos en el artículo 168, apartado a, párrafo 2º, de la LCSP. No obstante, dada la escasa cuantía de cada espectáculo, puede decirse con casi total seguridad que en ningún caso podrá superarse el límite establecido en el artículo 118.3 de la LCSP, motivo por el cual cabe adjudicar directamente tales contratos haciendo constar en el expediente la justificación exigida en dicho precepto.

Análoga consideración merece el supuesto de los contratos de obras teatrales efectuados con “artistas y asociaciones culturales” (caso 6), si bien en este caso no puede recurrirse a la adjudicación directa de un contrato menor con un determinado artista si al hacerlo se supera el límite establecido en el artículo 118.3 de la LCSP, en relación con el 118.1, y en cambio resultará de aplicación el procedimiento negociado sin publicidad en tal supuesto si concurre alguna de las circunstancias previstas en el punto 2º del apartado a) del artículo 168 de la LCSP, por tratarse de una creación o interpretación artística única o porque los contratados tengan derechos exclusivos sobre la obra o sobre elementos de la misma como la música, el guión u otros.

Por lo que se refiere a la última cuestión planteada en la consulta del Ayuntamiento, relativa a si la realización de cursos de invierno para personas mayores puede ser objeto de un convenio con la Universidad excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, ha de estarse a lo dispuesto actualmente en el artículo 6.1 de la LCSP:

Artículo 6. Convenios y encomiendas de gestión.

1. Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley (...) celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales, las entidades con personalidad jurídico pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídico privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador.

Su exclusión queda condicionada al cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, (...)

b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.

c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

La redacción anterior deja lugar a pocas dudas y es sustancialmente diferente de la que contenía el artículo 4.c) del derogado TRLCSP, al destacar entre otros aspectos que, por una parte, el convenio ha de tener un contenido que no pueda ser objeto de los contratos regulados en la Ley y, por otra, que ha de servir para establecer un régimen de cooperación para objetivos que se tienen en común.

En el escrito de la consulta del Ayuntamiento se hace constar también que la justificación que se ha hecho en años anteriores para la suscripción del convenio se ha basado en que la Universidad con la que se ha suscrito es “la única que ofrece el programa de mayores en el municipio de El Campello”. Esta afirmación, sin embargo, sólo serviría para justificar que no se promueva la concurrencia entre Universidades pero no sirve de fundamento para considerar que las prestaciones efectuadas por la Universidad no puedan y deban ser objeto de un contrato de servicios de los definidos en el artículo 17 de la Ley de Contratos del Sector Público, ya que no parece que los cursos de invierno tengan la consideración de actividades de educación superior reglada y, en consecuencia, se trata de prestaciones consistentes en servicios de formación que pueden someterse a contratación en régimen de concurrencia y a cuyo procedimiento la universidad puede por supuesto concurrir.

Además de que el objeto del convenio no ha de encontrarse comprendido entre los propios de los contratos regulados en la LCSP, debe tenerse en cuenta que tal convenio entre la Universidad y el Ayuntamiento habría de establecer un régimen de cooperación para objetivos comunes derivados del ejercicio de sus respectivas competencias y funciones y en el que ambas partes cooperan aportando medios y recursos. En cambio, en el texto de la consulta se hace constar que el Ayuntamiento se limita a realizar una aportación de 8.000 euros/año y, si por tal aportación se entiende que se le paga dicha cuantía a la Universidad, es evidente que se trata de una contraprestación a la Universidad por los servicios de formación que le presta al Ayuntamiento y no de un convenio de cooperación entre ambas entidades para fines comunes.

Finalmente no puede más que esta Junta aludir al concepto de fraccionamiento del objeto del contrato, no sin ello hacer patente las consideraciones anteriores sobre cómo debe actuarse en los contratos consultados.

En este sentido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución nº 571/2016, de 15 de junio de 2016, analiza un supuesto fraccionamiento del objeto del contrato, tomando como punto de partida la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 5 de octubre de 2000 Asunto C-16/1998 y otras posteriores que en dicha Resolución se citan y a la que nos remitimos. En el caso de un contrato de servicios la Sentencia de 15 de marzo de 2012 dictada en el asunto C-574/2010

Dice el Tribunal “*En definitiva, la cuestión principal, de conformidad con la citada jurisprudencia comunitaria, no se encuentra tanto en la existencia de una intención elusiva por parte del poder adjudicador, sino en el carácter único de lo que constituye el objeto del contrato que se pretende licitar. De este modo, si el objeto del contrato era único y se fraccionó en diversos expedientes, aunque no existiera*



una intención elusiva, habrá fraccionamiento indebido. Por el contrario, cuando el objeto de lo contratado por separado tenga una unidad funcional técnica y económica, da igual cuáles sean las motivaciones del poder adjudicador al definir el objeto del contrato, no existirá fraccionamiento.

Solo cuando exista una razón objetiva que permita considerar que cada prestación en sí misma considerada responde a una única finalidad técnica y económica, independiente y separable del resto, podrá el órgano de contratación optar por efectuar procedimientos separados para cada una de ellas, calculando también de forma independiente su valor estimado a efectos de la determinación del régimen jurídico que le corresponda.

“De lo dicho hasta ahora cabe concluir que cuando el órgano de contratación pretende contratar una obra, suministro o servicio para satisfacer una determinada necesidad, existiendo una única finalidad técnica y económica de las diferentes prestaciones que se contratan, la licitación ha de efectuarse en un único procedimiento, el cual podrá en su caso dividirse en lotes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 TRLCSP, pero sin que dicha división permita al órgano de contratación eludir la aplicación del procedimiento que corresponda en función del valor estimado del total de las prestaciones a contratar. “

Esta Junta ya se manifestó en un sentido similar en su informe 10/2014, de 17 de febrero de 2015. Efectivamente en dicho dictamen quedaba patente que : *La duración de un contrato no es referencia que sirva de base, por sí sola, para considerar que ha habido un fraccionamiento indebido de su objeto por el simple hecho de que la necesidad que origina la contratación se repita anual o periódicamente. El art. 86 del TRLCSP establece claramente que el fraccionamiento tendrá lugar cuando el objeto del contrato, que debe ser determinado, se fraccione para eludir la cuantía del mismo y evitar la publicidad. No parece que la celebración anual y por el periodo que tenga lugar la prestación de los contratos de servicios indicados tenga relación alguna con el fraccionamiento del objeto del contrato, siempre y cuando en su adjudicación se hayan seguido en función de su cuantía los procedimientos regulados en el TRLCSP para su adjudicación y, por ende, se hayan respetado los principios básicos de la contratación.*

CONCLUSIONES

1. La contratación de servicios o suministros de valor estimado inferior al umbral establecidos en el artículo 118.1 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, puede ser objeto de adjudicación directa con la limitación establecida en el artículo 118.3, o contratados mediante un procedimiento abierto, especialmente el procedimiento abierto simplificado. En el caso de servicios o suministros cuya necesidad de contratación es conocida con antelación y se repite en sucesivos ejercicios, debe programarse dicha contratación y efectuarse su adjudicación con arreglo a los principios de publicidad y transparencia a los que se refiere al artículo 1 de dicha Ley, cualquiera que sea el procedimiento que se utilice.
2. La contratación de servicios de interpretación artística, cualquiera que sea su importe, puede efectuarse mediante el procedimiento negociado sin publicidad si concurre alguna de las circunstancias previstas en el punto 2º del apartado a) del artículo 168 de la Ley de Contratos del Sector Público.
3. La impartición de cursos u otras actividades de formación no conducentes a la obtención de titulaciones académicas oficiales son prestaciones propias de un contrato de servicios comprendido

dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público.

4.- Cuando el órgano de contratación pretende contratar una obra, suministro o servicio para satisfacer una determinada necesidad, existiendo una única finalidad técnica y económica de las diferentes prestaciones que se contratan, la licitación ha de efectuarse en un único procedimiento, el cual podrá en su caso dividirse en lotes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 TRLCSP, pero sin que dicha división permita al órgano de contratación eludir la aplicación del procedimiento que corresponda en función del valor estimado del total de las prestaciones a contratar. Solo cuando exista una razón objetiva que permita considerar que cada prestación en sí misma considerada responde a una única finalidad técnica y económica, independiente y separable del resto, podrá el órgano de contratación optar por efectuar procedimientos separados para cada una de ellas, calculando también de forma independiente su valor estimado a efectos de la determinación del régimen jurídico que le corresponda.

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

LA SECRETARIA

Vº Bº LA PRESIDENTA
SUBSECRETARIA DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO

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