

Informe 4/2017, de 19 de junio, sobre cuestiones relacionadas con la ejecución de obras por la Administración

I – ANTECEDENTES

El Presidente de la Excelentísima Diputación Provincial de Granada solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“La Diputación Provincial de Granada tiene encomendada la ejecución de la obra con Expediente número 1800015DC02, y con denominación “Albuñol, mejora de infraestructuras municipales 2015”, localizado en la provincia de Granada y correspondiente al Programa de Fomento de Empleo Agrario (en adelante PFEA) de 2015.

El Programa de Fomento de Empleo Agrario (PFEA), antes denominado Plan de Empleo Rural (PER), tiene su antecedente en el Plan de Empleo Comunitario, cuyo objetivo es corregir los desequilibrios económicos de las zonas rurales de Andalucía y Extremadura, así como paliar la problemática de los trabajadores del sector agrario en estas zonas. Esto se debe a la colaboración entre los distintos niveles de Administraciones, Estatal, Autonómica y Local mediante el PFEA, que ha hecho posible una serie de inversiones, que a su vez han dado lugar a un gran número de proyectos, que al realizarse, han supuesto una consolidación de las obras y servicios de interés general localizadas en nuestra Provincia y que han posibilitado en el entorno rural, la contratación de personas desempleadas, todo ello con el consabido beneficio en el orden económico y social. Su fin primordial es que aquellas personas que trabajan en la actividad agrícola puedan ver complementado este trabajo de carácter estacional, con otra actividad en su propio municipio, favoreciendo el desarrollo económico de ciudadanos y municipio. Por ello en el marco de las políticas activas, se busca la máxima efectividad en la utilización de los fondos públicos disponibles, mediante un enfoque integral de las inversiones de las distintas Administraciones públicas tanto estatal como autonómica y provincial, al objeto de crear y mejorar infraestructuras que posibiliten el asentamiento de actividades productivas generadoras de empleo.

El Estado subvenciona los costes salariales y las cotizaciones empresariales de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 939/1997, de 20 de junio, por el que se regula la afectación, al Programa de Fomento de Empleo Agrario, de créditos para inversiones de las Administraciones Públicas en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura y en las zonas rurales deprimidas.

Las Diputaciones Provinciales y la Junta de Andalucía, subvencionan la adquisición de los materiales necesarios para realizar los proyectos aprobados, en el marco del Convenio suscrito entre ambas instituciones, según lo establecido en la Orden de 27 de febrero de 2015, por la que se determinan las normas reguladoras para la concesión de subvenciones por la Junta de Andalucía a las Diputaciones Provinciales destinadas a la financiación de los costes de adquisición de los materiales de los proyectos de obras y servicios afectos al Programa de Fomento de Empleo Agrario 2015 y se efectúa su convocatoria.



Por tanto, es fundamental destacar que en él colaboran las distintas administraciones públicas del gobierno central, autonómico y local para el eficaz ejercicio de las competencias que cada una de ellas tiene atribuidas, reflejando de este modo su naturaleza de fomento y desarrollo en las provincias, así como una consolidación del nivel de inversiones de obras y servicios de interés general localizadas en el territorio, siendo su dato más relevante, sobre todo, la ayuda al entorno rural.

Dicho Expediente 1800015DC02 incluido en el PFEA 2015, tiene por finalidad la mencionada obra, y su característica es que, aun siendo aprobado en un único expediente y proyecto, según establece la legislación al caso, consiste en la realización de diferentes actuaciones dentro del mismo municipio, con diferenciación operativa y funcional, totalmente independizables al tratarse de actuaciones en diferentes vías públicas, calles, y que tienen un desarrollo económico propio según el tipo de actuación realizada. Todo ello, con un presupuesto total de 336.871,11 €, de los que 242.994,84 € corresponden a mano de obra y 93.876,27 € a materiales. Las mencionadas actuaciones englobadas y llevadas a cabo en el citado Expediente son:

Actuación n.º 1: Camino Rural Las Moraillas, consistente en Desbroce y limpieza del terreno a mano, relleno, compactado y pavimentación de hormigón con un total de 105.433,36 €, mano de obra y materiales incluido.

Actuación n.º 2: Pavimentación acceso al C.P. Virgen del Mar, consistente en desbroce y limpieza del terreno a mano, colocación de bordillo de hormigón y pavimento M.B.C. tipo AC 16 SURF35/50s 6cm (aglomerado), por un total de 39.283,61 €, mano de obra y materiales incluido.

Actuación n.º 3: Remodelación calle Epifanio Lupión, consistente en levantado a máquina del firme de hormigón, excavación del terreno para cajeadado de calle, compactado y perfilado de la caja y pavimentación con adoquín de hormigón rústico tipo alhambra sobre base de hormigón con un total de 16.522,20 €, mano de obra y materiales incluido.

Actuación n.º 4: Acondicionamiento entorno era "El Gitano", consistente en demoliciones: levantado a máquina de firme de hormigón, relleno y compactado, y levantado de losas de piedra a mano. Pavimentaciones: pavimento de adoquín de hormigón rústico alhambra sobre base de hormigón y además pavimento de hormigón. Albañilería: bloques de hormigón gris chapado con caliza irregular, baranda rústica de madera y pilares de ladrillo tosco por un total de 45.440,81 €, mano de obra y materiales incluido.

Actuación n.º 5: Acondicionamiento de playas la Rábita el Pozuelo, consiste en la limpieza de residuos generados en la playa, por un total de 17.080,00 €, mano de obra y materiales incluido.

Actuación n.º 6: Acondicionamiento cunetas antigua C-333, consistentes en desbroce y limpieza del terreno a mano, por un total de 76.160,00 €, mano de obra y materiales incluido.

Actuación n.º 7: Acondicionamiento cunetas Vista Alegre, consistentes en desbroce y limpieza del terreno a mano, por un total de 11.233,60 €, mano de obra y materiales incluido.



Actuación n.º 8: Acondicionamiento de cunetas Albuñol-La Rábita, consistente en desbroce y limpieza del terreno a mano por un total de 19.040,00 €, mano de obra y materiales incluido.

Actuación n.º 9: Acondicionamiento de muros. T.M. Albuñol, consistente en el picado-saneado de parámetros con mortero y cemento a mano con un total de 8.956,13 €, mano de obra y materiales incluido.

Actuación n.º 10: Acondicionamiento de Espacios Públicos HUAREA, consistentes en desbroce y limpieza del terreno a mano, por un total de 2.856,00 €, mano de obra y materiales incluido.

Actuación n.º 11: Acondicionamiento entorno Campo de Fútbol de Albuñol, consistente en desbroce y limpieza del terreno a mano, por un total de 1.428,00 €, mano de obra y materiales incluido.

Consecuentemente, la Administración Local actúa como Promotora y Constructora de la obra en cuestión, no obstante respecto a la ejecución de determinadas partidas del proyecto de ejecución material surge la duda si las mismas deben ser calificadas como contrato de suministro o como contrato de obra, cuestión que expresamente se plantea a esa Junta Consultiva. Así tenemos las partidas de hormigonado y de asfaltado, dado que la realización de la misma no se ejecuta por los trabajadores contratados directamente con cargo al programa, sino por la empresa contratista que los incorpora directamente a la obra que se está ejecutando, quedando incorporado inmediatamente a la obra sin que sea posible su separación. La naturaleza jurídica de esta actuación tiene especial relevancia en cuanto al procedimiento de contratación, así como si estamos en un supuesto o no de subcontratación, dado el carácter de empresa promotora y constructora de la Administración Local y el objeto de dichas partidas.

Otra cuestión que se plantea es la referente a la existencia o no de fraccionamiento del objeto del contrato, pues aunque todas las actuaciones se encuentran contenidas en un único proyecto, cada una de estas actuaciones tiene sustantividad propia y ninguna conexión física entre ellas, ya que pueden entrar en funcionamiento sin que se realice ninguna otra y están ubicadas en zonas distintas del municipio de Albuñol.

Conforme a lo previsto por el artículo 2 del Decreto 95/2005, de 29 de marzo, por el que se regula la Organización y Funcionamiento de la Comisión Consultiva de Contratación Pública, se ruega se emita informe sobre las cuestiones planteadas referentes a la calificación del contrato de determinadas partidas del proyecto de ejecución -hormigonado y asfaltado- si procede como contrato de suministro o como contrato de obra, así como la posibilidad de individualización o no de las vías sobre las que se actúa, dada su funcionalidad y operatividad propia e independiente”.

II – INFORME

La excelentísima Diputación Provincial de Granada plantea dos cuestiones sobre la ejecución de la obra denominada “Albuñol, mejora de infraestructuras municipales 2015”. En concreto, la primera cuestión está referida a la calificación contractual de las partidas de hormigonado y asfaltado



del proyecto, y la segunda sobre la existencia o no de fraccionamiento del objeto del contrato si se procediese a la contratación individualizada de las actuaciones contenidas en el proyecto.

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

Los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública, no obstante realizaremos algunas consideraciones de carácter general sobre las cuestiones planteadas.

1. Con respecto a la primera cuestión planteada, la calificación contractual de determinadas partidas de hormigonado y asfaltado del proyecto de obra, es necesario indicar que la ejecución de obras por la Administración en colaboración con empresarios particulares se regula en el artículo 24 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

De conformidad con el apartado 1 del citado artículo la ejecución de obras podrá realizarse por los servicios de la Administración, ya sea empleando exclusivamente medios propios o con la colaboración de empresarios particulares siempre que el importe de la parte de obra a cargo de éstos sea inferior a 5.225.000 euros, cuando concurren alguna de las circunstancias que se relacionan en el mismo.

Asimismo, su apartado 4 dispone que *“cuando la ejecución de las obras, la fabricación de los bienes muebles, o la realización de los servicios se efectúe en colaboración con empresarios particulares, los contratos que se celebren con éstos tendrán carácter administrativo especial, sin constituir contratos de obras, suministros o servicios, por estar la ejecución de los mismos a cargo del órgano gestor de la Administración. La selección del empresario colaborador se efectuará por los procedimientos de adjudicación establecido en el artículo 138, salvo en el caso previsto en la letra d) del apartado 1 de este artículo. En los supuestos de obras incluidas en las letras a) y b) del apartado 1, la contratación con colaboradores no podrá sobrepasar el 50 por 100 del importe total del proyecto”*.

En este caso, el órgano consultante actúa como promotor y constructor de la obra, no obstante, la ejecución de determinadas partidas de obra del proyecto se contratan con empresarios particulares. Según se cita en la petición de consulta, este tipo de contrataciones no sólo comprenden la adquisición de los materiales sino que estos se incorporan directamente a la obra por la empresa contratista sin que sea posible su separación, planteando el órgano consultante si nos hallamos ante contratos de obras o bien de suministros.

Pues bien, el artículo 24.4 del TRLCSP no deja margen de duda con respecto a la calificación de este tipo de contratos, teniendo éstos carácter administrativo especial, no siendo en ningún caso contratos de obras o de suministros, es decir, en la ejecución de obras por la Administración efectuada



con empresarios colaboradores, los contratos que se celebren con estos tendrán la calificación de administrativo especial, adjudicándose mediante los procedimientos establecidos en el artículo 138 del TRLCSP, a excepción de que se trate de un supuesto de emergencia. En estos supuestos, el riesgo y ventura de la ejecución del contrato no se traslada al empresario colaborador sino que lo asume la Administración, dado que la prestación está a cargo de la misma, de forma que el empresario colaborador sólo es responsable del incumplimiento de lo establecido en el contrato.

El artículo 19.1 b) del TRLCSP define a los contratos administrativos especiales como aquellos de objeto distinto a los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y contratos de colaboración entre el sector público y el privado, pero que tienen naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1 del TRLCSP, o por declararlo así una Ley.

Asimismo, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción a estos contratos les serán de aplicación en primer término, sus normas específicas, en segundo lugar el TRLCSP y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

2. La segunda cuestión planteada se refiere a la existencia o no de fraccionamiento del objeto del contrato si se procediese a la contratación individualizada de las actuaciones contenidas en el proyecto.

Dispone el artículo 86.2 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”*.

Asimismo, su apartado 3 establece que *“cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto*.

Asimismo podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como ésta es definida en el artículo 6, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación (...)”.

Este artículo prohíbe el fraccionamiento de los contratos, pero prevé la posibilidad de la división de lotes del objeto del contrato si se cumplen los requisitos que se indican en el mismo.

Con respecto a la división en lotes del objeto del contrato citamos también lo previsto en la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública que aunque su plazo de transposición al ordenamiento jurídico español finalizó el 18 de abril de 2016, las disposiciones



incluidas en ella tienen efecto jurídico directo siempre que cumplan los requisitos que se establecen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este sentido, los Tribunales Administrativos de Contratación Pública han reconocido, en el Documento de estudio aprobado el 1 de marzo de 2016 sobre los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público, el efecto jurídico directo de los apartados 1 (necesidad de justificar expresamente la no división en lotes) y 2 (posibilidad de limitar el número de lotes a los que se puede licitar y el número máximo de lotes de los que puede resultar adjudicatario un licitador) del artículo 46 “División de contratos en lotes” de esta Directiva.

Disponen los apartados 1 y 2 del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE que *“1. Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes.*

Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84.

2. Los poderes adjudicadores precisarán, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, si las ofertas pueden presentarse para uno, varios o todos los lotes.

Los poderes adjudicadores estarán facultados para limitar el número de lotes que puedan adjudicarse a un solo licitador, incluso en el caso de que se puedan presentar ofertas para varios o todos los lotes, siempre que en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés se indique el número máximo de lotes por licitador. Los poderes adjudicadores indicarán en los pliegos de la contratación los criterios o normas objetivos y no discriminatorios que se proponen aplicar para determinar qué lotes serán adjudicados, en caso de que la aplicación de los criterios de adjudicación pueda dar lugar a que un solo licitador se le adjudique un número de lotes superior al máximo indicado”.

La regulación sobre la división en lotes del objeto del contrato que establece la Directiva 2014/24/UE prevé la exigencia de motivación en el supuesto de que el contrato no sea objeto de división en lotes, de tal forma que la norma general es la división en lotes, invirtiendo la que hasta ahora establecía el artículo 86 del TRLCSP.

Conviene precisar que el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la misma, opera sobre los procedimientos de contratación por poderes adjudicadores, con respecto a contratos públicos y a concursos de proyectos, cuyo valor estimado sea igual o superior a los umbrales establecidos en su artículo 4, es decir, aquellos que el TRLCSP denomina contratos sujetos a regulación armonizada. En consecuencia, su efecto jurídico directo se circunscribe únicamente con respecto a los procedimientos y contratos que se indican en el citado artículo. Con respecto a este efecto jurídico directo, los Tribunales Administrativos de Contratación Pública ponían de manifiesto en el Documento de estudio antes citado que *“el efecto directo no puede aplicarse a entidades del sector público distintas de los poderes adjudicadores, ni a la adjudicación de contratos no incluidos en la Directiva; en especial, tampoco puede aplicarse a los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos, más allá de las disposiciones que hacen referencia expresa a*



ellos. Todos estos supuestos excluidos del efecto directo seguirán rigiéndose por la legislación nacional vigente”.

Asimismo, el texto del borrador del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que ha sido remitido al Congreso de los Diputados para su tramitación parlamentaria, y que incorporará al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y 2014/24/UE, no ha dispuesto con respecto a esta materia distinción entre los contratos sujetos o no a regulación armonizada, a salvo de las modificaciones al respecto que puedan producirse a lo largo de la tramitación parlamentaria. El artículo 99 del citado Proyecto prevé que *“1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado.*

2. 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.

3. Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes.

Cuando el órgano de contratación decida no dividir en lotes el objeto del contrato, deberá justificarlo debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios(...).”.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente referenciado, consideramos que hasta tanto se apruebe la nueva Ley de Contratos del Sector Público, y en lo que en ésta pueda disponerse sobre la división en lotes de los contratos, en cuanto a la regulación sobre la división en lotes del objeto de la contratación con respecto a contratos no sujetos a regulación armonizada resulta aplicable lo previsto en el artículo 86 del TRLCSP, de forma que la división en lotes de un contrato se admitiría si se cumplen los requisitos establecidos en dicho artículo, es decir, que cada una de las partes sea susceptible de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional o así lo exija la naturaleza del objeto. En caso contrario, es decir, si no se cumplen estos requisitos nos encontraríamos ante un supuesto de fraccionamiento de la contratación prohibido por la normativa contractual.

No obstante, en el caso de que procediera la división en lotes del contrato por cumplirse los requisitos citados, habría que tener en cuenta lo dispuesto en el último párrafo del artículo 86.3 del TRLCSP respecto a *“que las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto”.*

Por último, señalar que sobre el fraccionamiento de los contratos ya tuvo ocasión de pronunciarse esta Comisión Consultiva en los informes 9/2009, de 15 de junio y 2/2016, de 25 de febrero, a cuyas consideraciones jurídicas nos remitimos.



III – CONCLUSIONES

1. De conformidad con el artículo 24.4 del TRLCSP, en la ejecución de obras por la Administración efectuada con empresarios colaboradores, los contratos que se celebren con estos tendrán la calificación de administrativo especial, adjudicándose mediante los procedimientos establecidos en el artículo 138 del TRLCSP, a excepción de que se trate de un supuesto de emergencia.

2. La división en lotes de un contrato se admitiría si se cumplen los requisitos del artículo 86 del TRLCSP, debiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el último párrafo de este artículo respecto a *“que las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto”*.

En caso contrario, es decir, si no se cumplen los requisitos del artículo 86 del TRLCSP, nos encontraríamos ante un supuesto de fraccionamiento de la contratación prohibido por la normativa contractual.

Es todo cuanto se ha de informar.

