

Informe 10/2014, de 28 de abril de 2015, sobre la utilización de la figura del contrato menor.

I – ANTECEDENTES

El Director General de la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“Como antecedentes de la consulta señalar que la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación tiene entre sus objetivos la gestión del transporte escolar, servicio complementario de la educación pública en nuestra Comunidad Autónoma. Es relevante para el planteamiento que se formula que ese órgano conozca la naturaleza de los servicios que se contratan y su volumen desde el punto de vista cuantitativo, lo que le permitirá valorar la envergadura y posibles repercusiones de la cuestión que se plantea. En este sentido se informa que, para cubrir este servicio público gratuito se licitan en abierto expedientes de contratación para más de 97.000 escolares de 1.250 centros docentes receptores de transporte y 297 empresas de transporte son las encargadas de prestar este servicio a través de 2.100 vehículos que recorren las 13.548 paradas que constituyen las líneas en servicio. Por tanto, es fácil concluir que la configuración de este tipo de procedimientos de contratación y su resolución se hace bastante laboriosa y necesitada de unos tiempos de preparación y tramitación bastante largos teniendo en cuenta los volúmenes cuantitativos de contratación que hemos referido así como de una elevada tasa de participación en número de licitadores.

A la dificultad del proceso de licitación contribuye también el hecho de que la concreción de las necesidades del servicio a contratar están condicionadas a la información que facilitan los padres a través de las solicitudes de escolarización, por lo que la planificación que realiza la Consejería y la posterior ejecución y desarrollo por la Agencia pivota en torno a ese hecho.

Por otra parte, no podemos obviar que la Educación se constituye como un derecho fundamental reflejado en nuestra Constitución Española en su artículo 27.1 que declara que “Todos tienen el derecho a la educación (...)” y en ese mismo artículo en su punto 4. “La enseñanza básica es obligatoria y gratuita”. También nuestro Estatuto de Autonomía en sus artículos 10.3.2 y 21.3 respectivamente, hace hincapié en el derecho de los andaluces a acceder a la educación en condiciones de igualdad.

Además, la prestación del servicio complementario del transporte escolar en Andalucía se configura como un servicio gratuito por el artículo 123.1 de la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía. Expresamente este artículo establece que “La prestación del servicio complementario de transporte escolar será gratuita para el alumnado que curse la enseñanza básica y esté obligado a desplazarse fuera de su localidad de residencia por inexistencia en la misma de la etapa educativa correspondiente. La Administración educativa determinará las condiciones para extender este derecho al alumnado escolarizado en el segundo ciclo de la educación infantil y en las enseñanzas de bachillerato y de formación profesional”.



La posibilidad de extender este derecho se desarrolló posteriormente por Decreto 287/2009, de 30 de junio, por el que se regula la prestación gratuita del servicio complementario de transporte escolar para el alumnado de los centros docentes sostenidos con fondos públicos.

Expuestos los antecedentes, pasamos a describir las situaciones que se están produciendo y las consecuencias que pueden derivar para la gestión de la Agencia y por tanto para los usuarios de la misma. En los dos últimos años ha proliferado la interposición de recursos a la adjudicación ante el TARCJA por quienes entienden que están legitimados para ello, produciéndose el efecto automático previsto en el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, esto es, la suspensión de la tramitación del expediente de contratación recurrido. Aún siendo este el motivo mayoritario, la Agencia también debe hacer frente a otras situaciones de suspensión de ejecución de contratos que provocan idénticos efectos. Ni que decir tiene que cada vez es mayor el número de adjudicaciones recurridas, lo que provoca que el TARCJA también haya visto incrementada su carga de trabajo y por tanto, que las situaciones de suspensión se alarguen demasiado en el tiempo. A título de ejemplo, sólo respecto al servicio de transporte escolar, durante el presente curso se encontraban en diferentes fases de tramitación 142 recursos ante el citado tribunal.

En definitiva, ante la avalancha de recursos ante el TARCJA que provocan la suspensión, y el efecto también de suspensión del derecho a acceder en condiciones de igualdad a la educación de los escolares afectados, la Agencia ha optado por formalizar contratos menores para cubrir las rutas que se ven afectadas por la citada suspensión en tanto se resuelve la misma. No se ha utilizado el procedimiento negociado, por razón de los plazos que se prevén en su tramitación, que, ni siquiera tramitándolos por procedimiento de urgencia, llega a ser una solución viable para responder a la inmediatez con la que la Agencia tiene que cubrir el servicio de transporte.

Esta decisión de suplir el contrato suspendido, y mientras dure la suspensión, por contratos menores sucesivos, se ha fundamentado en los argumentos contenidos en diversas consultas sea de otra Comisión Consultiva o la propia Intervención General de la Administración del Estado.

Así la IGAE en su informe de 20 de abril de 2009 afirma que la finalidad del artículo 74.2 de la Ley 30/2007, actual 86.2 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, no es agrupar en un solo contrato las prestaciones que tengan idéntica naturaleza, lo verdaderamente determinante es la salvaguarda del interés público, censurando el tratamiento contractual por separado sólo si se origina un detrimento del mismo.

Llega la IGAE en este informe a afirmar, cuando analiza la concurrencia de una pluralidad de contratos menores para la adquisición de carteles señalizadores de obras, que es más razonable que se adquieran conforme se vayan autorizando la financiación de las obras a que se refieran, agrupándolos en función de las obras autorizadas en la misma fecha, en fechas razonablemente próximas e incluso separadamente.

Por tanto, a priori no puede considerarse que la existencia de contratos menores sucesivos y para un mismo objeto, irremediablemente nos sitúe en un supuesto de fraude de Ley o de incumplimiento de la Ley de Contratos del Sector Público, sino que habrá de analizarse las circunstancias que concurren en cada supuesto. Siendo perfectamente adecuado a Derecho si con



ellos se afrontan circunstancias sobrevenidas, o se cumple con ellos el principio de eficiencia en el uso de fondos públicos.

En este sentido también se pronuncia la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de las Islas Baleares en su informe 4/2010, de 29 de octubre sobre contratos menores, principios generales de la contratación y fraccionamiento del objeto de un contrato. Esta Comisión resalta el valor del principio de eficacia como elemento a tener en cuenta en las decisiones que se adopten en materia de contratación y no sólo los consabidos principios generales de contratación pública. En efecto, el propio artículo 31.2 de la Constitución, somete la programación y la ejecución del gasto público a los principios de eficiencia y economía para que las necesidades de la administración se puedan satisfacer con menos fondos públicos.

Por otra parte, la Resolución 144/2014 del Tribunal Administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía por la que se resuelve el recurso 214/2014, aunque no versa sobre esta cuestión concreta, en el apartado cuarto de sus fundamentos de derecho sí puede arrojar luz sobre la posibilidad de formalizar contratos mientras opera la suspensión sobre otros procedimientos previos. En efecto, el recurrente alegaba que, pese a estar suspendido por el TARCJA el procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de mantenimiento de la red de radiocomunicaciones INFOCA NET 041167, el órgano de contratación ha adjudicado un contrato con el mismo objeto incumpliendo la resolución de este Tribunal en que se acordaba la suspensión. A este respecto el TARCJA considera que no se vulnera la suspensión y por tanto no hubiera prosperado esta alegación, así afirma:

“Según se constata en el expediente tramitado para la adjudicación del contrato que ahora se impugna, la citada contratación, a través de un procedimiento negociado por razones de urgencia, responde a la necesidad inmediata de acometer las labores mínimas de apoyo al mantenimiento de la red que permitan un funcionamiento correcto en la campaña de extinción, si bien dicha contratación quedará sujeta a la condición resolutoria consistente en la notificación por este Tribunal de resolución estimatoria del recurso especial contra la adjudicación del expediente NET 041167. Así pues, queda acreditado que no ha habido el incumplimiento alegado por el recurrente, pues la adjudicación impugnada no impedirá, en su día, el cumplimiento de una eventual resolución estimatoria del recurso especial en el expediente NET 041167, finalidad esta es la que, en definitiva, se persigue con la resolución acordando el mantenimiento de la suspensión que se dice vulnerada”.

Traído a nuestro caso, el de contratos menores formalizados para prestar el servicio de transporte escolar, en ningún caso puede entenderse que se está vulnerando la suspensión impuesta por el TARCJA, ya que la notificación de la resolución de ese tribunal sobre el recurso interpuesto operaría como condición resolutoria del mismo, recuperando la tramitación a ese momento y a resultas de lo que indique el TARCJA en su resolución. La peculiaridad de nuestro caso es que el nuevo contrato no es en abierto, sino que exige, como se ha dicho, por inmediatez del servicio a prestar, que se formalice a través de contratos menores sucesivos mientras dure la suspensión.

Por otra parte, por lo que se refiere al coste económico, no se produce alteración alguna ya que las contrataciones se formalizan al precio más económico, sea el que ha resultado en la adjudicación que se recurre, o bien, en el caso de que el anterior contrato fuese más económico se mantiene ese precio, por tanto no supone un incremento del gasto público.



El supuesto planteado respecto del servicio de transporte escolar también se plantea respecto de la contratación de otros servicios. En este sentido destacar que se producen situaciones vinculadas también al cumplimiento de derechos de los niños y niñas andaluces, como el de la contratación de aulas prefabricadas para dar respuesta a las necesidades de escolarización, o bien, en los procedimientos de contratación de otros servicios igualmente ofertados por la administración educativa pero vinculados a derechos menos protegidos legalmente, como el de la contratación de aulas matinales o de actividades extraescolares vinculados al derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

Por las razones expuestas, la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación formaliza contratos menores sucesivos en tanto se resuelve el recurso especial a la adjudicación que provoca la suspensión inmediata. No obstante, en ocasiones, los informes anuales de cumplimiento de la Intervención de la Junta de Andalucía refieren un excesivo número de contratos menores formalizados por este motivo. En ningún caso entendemos que estamos en presencia de un supuesto de fraccionamiento de contrato por las razones que hemos venido exponiendo a lo largo del cuerpo de la consulta.

No obstante y con el objetivo de actuar conforme a los criterios que imperen a este respecto en los órganos competentes en materia de contratación administrativa y, teniendo en cuenta que la formalización de contratos menores no tienen otra finalidad que la de garantizar el servicio de transporte escolar como condición de acceso a la educación de los escolares que lo tienen reconocido durante el tiempo imprescindible (en tanto el TARCA resuelve el recurso a la adjudicación), se plantea la presente consulta ante la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa en los siguientes términos:

1º- ¿Es procedente recurrir a la figura del contrato menor en tanto el TARCA resuelve el recurso especial contra la adjudicación de un expediente de contratación previo, con independencia del origen del derecho que genera la necesidad administrativa a satisfacer?

2º- Si resultara improcedente su uso, ¿a qué modalidad contractual tendría que recurrir la Agencia para cumplir con el objetivo de interés público de garantizar de forma inmediata el acceso en condiciones de igualdad al derecho a la educación de los escolares andaluces durante el tiempo que dure la suspensión de la adjudicación?”.

II – INFORME

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 de las normas en materia de contratación pública, si bien las consultas pueden tener su origen en la interpretación de las normas de carácter general, o bien en un supuesto de hecho en concreto que sea objeto de aplicación de tales normas.

No obstante, por su especial trascendencia en materia de contratación pública, conviene realizar algunas consideraciones en torno al recurso a la utilización de la figura del contrato menor y el fraccionamiento de los contratos.

El 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) no establece un artículo concreto que regule todos los aspectos que configuran el contrato menor, sino que las referencias respecto a la propia configuración del mismo nos las encontramos a lo largo del articulado.

Así, en cuanto a su definición, de acuerdo con el artículo 138.3 TRLCSP, párrafo segundo, se consideran contratos menores aquellos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 206 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

Señala el artículo 138.3, párrafo primero, del TRLCSP, que *“podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111”*.

Por otra parte, dispone el artículo 23.3 del TRLCSP que los contratos menores no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.

En cuanto a la tramitación del expediente en estos contratos, el artículo 111 del TRLCSP dispone que sólo se exige la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo del TRLCSP establezcan. Se adiciona, en el caso de contratos menores de obras, que deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran.

De este modo, el contrato menor se conceptúa con un único aspecto que es el importe, configurándolo, además, el propio TRLCSP como un tipo contractual de tramitación excepcional, lo que posibilita a los órganos de contratación utilizarlo para dar celeridad en la satisfacción de necesidades de contratación de bajo importe y duración reducida que por la tramitación normal no lo hace posible.

Por otra parte, la figura del contrato menor está relacionada con la cuestión del fraccionamiento de la contratación ya que podría utilizarse aquél para eludir las normas sobre publicidad y procedimientos de adjudicación.

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”*.



No obstante, de conformidad con el artículo 86.3 del TRLCSP, se permite el fraccionamiento del objeto del contrato cuando cada una de las partes, mediante su división por lotes, sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional. Asimismo, dispone este apartado que *“podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra (...), 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”*.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 69/2008, de 31 de marzo de 2009, señala que:

“Ciñéndonos a la cuestión planteada, habrá de indicarse en primer lugar que la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público está dirigida fundamentalmente a evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato. Así, el artículo 74.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de forma explícita establece 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”.

Ello significa que la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza sino impedir el fraude de ley tendente a evitar la aplicación de los preceptos que regulan los procedimientos abierto o negociado o las exigencias de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea. Por ello, no debe interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no sólo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma independiente.

Es decir el primer requisito que debe cumplirse para que pueda hablarse de fraccionamiento del contrato es que exista una unidad operativa o funcional entre las diferentes prestaciones (o partes de prestaciones). Así se desprende sin lugar a dudas de la Ley de Contratos del Sector Público (...).

Este artículo resulta especialmente revelador pues admite que el objeto de un contrato pueda fraccionarse y dividirse en lotes las diferentes partes de la prestación siempre que sean susceptibles de utilización o aprovechamiento por separado y constituyan por sí solas una unidad funcional. Quiere decir esto que si se admite la posibilidad de que partes de una prestación puedan ser tratadas separadamente, desde el punto de vista contractual, cuando cumplan los dos requisitos mencionados, con mucha más razón deberá admitirse que sean objeto de contratación por separado dos prestaciones que ni siquiera forman por sí mismas una unidad”.

Sobre el fraccionamiento de los contratos, esta Comisión Consultiva se ha pronunciado en el Informe 9/2009, de 15 de junio:

“Si se tiene en cuenta todo lo anterior, y siguiendo la consolidada doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía, el fraccionamiento del objeto del contrato supone la infracción de normas de ius cogens, que condiciona la validez de los contratos menores a que éstos no excedan de las cuantías establecidas en el artículo 122.3 de la LCSP. Y es que la utilización del contrato menor sólo es



susceptible de una interpretación estricta, vinculada a su correcta calificación y a la exacta apreciación del presupuesto normativo expresamente contemplado y, por tanto, indisponible para el órgano de contratación, con independencia de la intencionalidad que pueda guiar sus actos.

Podría ocurrir que el órgano de contratación no tenga la intención de eludir los requisitos de publicidad y el procedimiento de adjudicación establecidos legalmente; pero lo cierto es que siempre se produce, al igual que ocurre cuando se da tal intencionalidad, ese efecto (...).

Y es que hay que concluir, como ha hecho reiteradas veces el Consejo Consultivo de Andalucía (por todos, Dictamen 106/2000, de 25 de julio), que la nulidad de pleno derecho a que se verían abocados los contratos menores que supongan un fraccionamiento irregular de sus objetos, no busca sino el restablecimiento de la legalidad y tiene, por tanto, una base objetiva, sin que exija una prueba de intencionalidad, pues con ella no se persigue penalizar ninguna conducta y sin que tampoco la especificidad de los productos a suministrar, o un error en el cálculo de las previsiones iniciales para su adquisición, sean causas que permitan el fraccionamiento del objeto del contrato vulnerando lo previsto en el artículo 74.2 de la LCSP, por ello en la duda sobre la concurrencia de los requisitos que hacen posible la conclusión de contratos menores, la Administración ha de reconducir el procedimiento de contratación a las normas generales.

Los órganos de contratación han de ser conscientes de la indisponibilidad de las normas rectoras de la contratación pública; regla jurídicamente vinculada a la satisfacción del interés general y que opera como garantía de los principios básicos de publicidad, libre concurrencia y transparencia. Además, los métodos de contratación abierta y competitiva, en los que se aplican adecuadamente los descritos principios, permiten más concurrencia y la obtención de beneficios por ofertas más ventajosas, cuestión esta última que afecta a la eficiente utilización de los recursos públicos en un período como el actual, caracterizado por importantes restricciones presupuestarias”.

También, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya en el Informe 14/2014, de 22 de julio, se pronuncia al respecto:

“En definitiva, la contratación menor únicamente se encuentra justificada por la necesidad de simplificación en determinados supuestos en que debe prevalecer la agilidad para atender necesidades de importe y duración reducidas y, en todo caso, es una figura a la que se puede recurrir únicamente si no se contraviene la normativa en materia de contratación pública y, específicamente, la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos para eludir la aplicación de aquella normativa, recogida en nuestro derecho interno en el artículo 86 del TRLCSP y estrechamente relacionada con la utilización de la contratación menor(...).

Así, de acuerdo con el artículo 86 del TRLCSP, existen fraccionamientos del objeto de los contratos irregulares y no irregulares, en función de si dan lugar a contrataciones independientes de diferentes partes de un mismo objeto contractual o si se llevan a cabo mediante la formación de lotes del objeto de un único contrato y de si se llevan a cabo eludiendo o no las normas de publicidad o del procedimiento de adjudicación que correspondan”.



Así, el contrato menor se presenta como un tipo contractual de carácter excepcional para contrataciones específicas y no para contrataciones sucesivas que puedan producir un fraccionamiento irregular del contrato.

III – CONCLUSIÓN

El contrato menor es un tipo contractual de carácter excepcional y su utilización procede para contrataciones específicas y no para contrataciones sucesivas que puedan producir un fraccionamiento irregular del contrato.

No es competencia de esta Comisión Consultiva informar expedientes de contratación en concreto ni decidir el procedimiento a seguir para la resolución de situaciones específicas que pueden producirse en la tramitación de expedientes de contratación.

Es todo cuanto se ha de informar.

