

INFORME 6/2018, DE 12 DE JULIO DE 2018 SOBRE DIVERSAS CUESTIONES DE INTERPRETACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN EN CONTRATOS MENORES DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

I – ANTECEDENTES

Por parte de las Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías de Educación, de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural y de la Consejería de Salud así como por parte del Instituto de Investigación y Formación Agraria y Pesquera se ha solicitado informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en relación con la interpretación del artículo 118.3 de 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).

La Secretaria General Técnica de la Consejería de Educación en los siguientes términos:

“A los efectos previstos en el artículo 1.1 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública, en relación con el artículo 328 de 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, quien suscribe, en su condición de Secretario General Técnico de la Consejería de Educación, dirige a esa Comisión Consultiva la siguiente consulta:

La nueva Ley de Contratos del Sector Público regula, en su artículo 118, el expediente de contratación en contrato menores. Dicha regulación prevé, como novedad en relación al anterior texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público, que “en el 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. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla”.

En relación con dicha previsión, desde esta Secretaría se interesa conocer cómo debe interpretarse la no superación por contratista mencionada así como el plazo temporal que hay que tomar en consideración para aplicar el límite indicado. Igualmente, se consulta el ámbito subjetivo de esta regla de incompatibilidad, es decir, si se aplica a entidades contratantes o a órganos de contratación y, en este último supuesto, cómo aplicaría en los casos en que la competencia para contratar se encuentre delegada.

Solicito a la Comisión Consultiva de Contratación Pública que, habiendo por presentado este escrito se sirva admitirlo, y, en consecuencia, sea emitido informe sobre las cuestiones planteadas”.

La Secretaria General Técnica de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural en los siguientes términos:

“Una vez que ha tenido lugar la entrada en vigor de 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, surgen dudas respecto a la interpretación que deba darse a determinados aspectos de la misma. En concreto, nos referimos al artículo 118 y la regulación que hace de la figura del contrato menor.

Por un lado, encontramos la interpretación que ha llevado a cabo la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a lo largo de diversos informes (41/2017, 42/2017, 5/2018). De acuerdo con el análisis que realiza entiende que, desde una perspectiva teleológica, "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".

Asimismo, cuando se refiere al cómputo de tiempo que deba tenerse en cuenta señala que "cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes hay mediando más de un año, contado desde la aprobación del gasto, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este período de tiempo, no será necesario proceder a una ulterior justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor". Al hilo de lo anterior, en uno de los informes mencionados indica de manera expresa que la "aplicación del artículo 118 (...) debe valorarse teniendo en cuenta los contratos menores realizados conforme a la normativa precedente en el plazo del año inmediatamente anterior a la aprobación del gasto del nuevo contrato que ya está sujeto a la ley 9/2017, sin que esto suponga la aplicación retroactiva de la nueva ley a los contratos anteriores".

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su informe 3/2018, de 13 de febrero, señala que:

"La regla de incompatibilidad que establece el artículo 118.3 debe operar respecto de contratos menores de la misma tipología a aquél que pretenda adjudicarse de manera sucesiva, es decir, entre contratos menores de obras, entre contratos menores de servicios o entre contratos menores de suministros respectivamente, anteriores al nuevo contrato de obras, servicios o suministros que pretenda adjudicarse. (...) La incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el artículo 118.1 subsistirá durante el ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad".

En esta misma línea, la Comunidad Autónoma, mediante 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, ha modificado la ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón en el sentido de permitir la licitación de los contratos menores mediante publicidad en el perfil del contratante, teniendo como consecuencia que los contratos menores adjudicados con publicación de un anuncio de licitación no limitarán la adjudicación de ulteriores contratos menores por el mismo procedimiento.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid se alinea con Aragón al concluir en su informe 1/2018, de 11 de abril, sobre adjudicación de contratos menores en la nueva Ley de Contratos del Sector Público que "La regla de incompatibilidad descrita en el artículo 118.3 de la LCSP opera respecto de contratos menores de la misma tipología – obras, servicios y suministros – que pretenda adjudicarse de forma sucesiva. (...) El período temporal a que se refiere la prohibición de no superar las cuantías del contrato menor con un mismo empresario ha de entenderse referido a la anualidad o ejercicio presupuestario correspondiente".

Ante las interpretaciones divergentes que se han ido sucediendo y al objeto de aclarar el estado de la cuestión es por lo que se eleva a la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía la siguiente consulta:

- ¿la regla de incompatibilidad establecida para los contratos menores en el artículo 118.3 de la LCSP debe entenderse de acuerdo con lo interpretado por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, con la posición establecida por la Comunidad de Aragón, compartida por la Comunidad Autónoma de Madrid, o, por contra, debemos atenernos a otra perspectiva que no se recoja en este escrito?

- ¿el periodo temporal a que se refiere debe entenderse como el año inmediatamente anterior a la aprobación del gasto del nuevo contrato o como la anualidad o ejercicio presupuestario correspondiente? En un caso u otro, ¿el inicio del cómputo debe considerarse en todo caso la aprobación del gasto del nuevo contrato menor que pretenda adjudicarse?

El Instituto de Investigación y Formación Agraria y Pesquera, habiendo diseñado su escrito en idénticos términos al presentado por la Secretaria General Técnica de la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural, añade una pregunta más:

“En el caso de que el órgano de contratación haga uso de la posibilidad establecida en el artículo 61 en cuanto a la delegación o desconcentración de sus competencias y facultades en esta materia, ¿el cumplimiento de la obligación de comprobación de que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero del artículo 118 ha de interpretarse a nivel de órgano de contratación o de órgano gestor como consecuencia de la delegación o desconcentración?

La Secretaria General Técnica de la Consejería de Salud ha dado traslado a esta Comisión de la consulta elevada por la Dirección General de la Fundación Pública Andaluza Progreso y Salud en relación a la aplicación del artículo 118.3 de la Ley 9/2017 en el ámbito de la actividad de gestión de la investigación científica biomédica desarrollada por las Fundaciones Gestoras de la Investigación en salud integrantes de la Red de Fundaciones Gestoras de la Investigación del Sistema Sanitario Público de Andalucía (RFGI-SSPA), que se dirige a este órgano consultivo en los siguientes términos:

“Las Fundaciones Gestoras de la Investigación en Salud integrantes de la Red de Fundaciones Gestoras de la Investigación del Sistema Sanitario Público de Andalucía (RFGI-SSPA)¹ tienen, conforme a lo previsto en el artículo 3 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP), la condición de poder adjudicador a los efectos de dicha Ley.

La LCSP en su artículo 118.1 en su segundo párrafo exige “en los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan”.

Por su parte el artículo 118.3 sobre los contratos menores indica literalmente que “En el 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. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168. a) 2º”

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en Expedientes 41/2017 y 42/2017, relativos a la Interpretación del artículo 118.3 de la LCSP, alcanza las siguientes conclusiones:

- *“El artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es*

¹ *Fundación Pública Andaluza para la Investigación Biosanitaria en Andalucía Oriental (FIBAO); Fundación para la Investigación Biomédica de Córdoba (FIBICO); Fundación Pública Andaluza para la Investigación de Málaga en Biomedicina y Salud (FIMABIS); Fundación Pública Andaluza para la Investigación en Salud en Sevilla (FISEVI); Fundación Pública Andaluza Progreso y Salud (FPS); Fundación Andaluza Beturia para la Investigación en Salud (FABIS) y la Fundación para la Gestión de la Investigación Biomédica de Cádiz (Fundación Cádiz).*

justificar en el expediente de contratación de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor.

- *Esta conducta defraudadora queda prohibida en la ley cualquiera que sea el momento en que se produzca.*
- *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.”.*

Los preceptos señalados, en función de las circunstancias especiales de la propia actividad científica de las Fundaciones de la RFGI-SSPA, y en el marco de la interpretación dada por la Junta Consultiva de Contratación Pública, generan dudas interpretativas que son planteadas a ese órgano de consulta en materia de contratación pública, al objeto de obtener un criterio de interés general que les permita actuar con la mayor seguridad y precisión jurídica en el proceso práctico de adaptación normativa al desarrollo de su actividad específica.

De la actividad desarrollada por las Fundaciones de la RFGI-SSPA

*La actividad desarrollada por la RFGI-SSPA tiene un **elemento común básico** en el objeto y fines fundacionales de los Estatutos de las Fundaciones: la actividad de las Fundaciones consiste de forma fundamental en la promoción, estímulo, desarrollo e interacción armónica de la investigación básica, clínica y de salud pública y de potenciación de la investigación traslacional para una mejor transferencia de los avances científicos obtenidos en la prevención y tratamiento de los problemas de salud más prevalentes. Del mismo modo, estas Fundaciones se dedican a la promoción y el desarrollo de innovaciones en tecnologías sanitarias.*

Todo ello supone canalizar los recursos materiales y dar soporte administrativo a la contratación o adquisición de bienes y servicios que les sean concedidos a los distintos proyectos de investigación en salud cuya gestión les sea encomendada.

La actividad de investigación básica y clínica coexiste en las Fundaciones integrantes de la RFGI-SSPA con la de diseño, desarrollo y gestión de proyectos y centros de investigación e innovación.

Por lo tanto, podemos distinguir dos tipos de gastos/compras, por un lado, los estructurales asociados al sostenimiento de los centros de investigación (suministros de electricidad, gas, agua, auditorías y asesorías técnicas, limpieza, mantenimiento de instalaciones generales, etc.) y, por otro, los derivados de la actividad específica de investigación que se lleva a cabo en los distintos centros, propiamente dicha, (básicamente compra de fungibles, servicios técnicos especializados para la investigación, etc.).

*Por otra parte, la actividad propia de gestión de la RFGI presenta unas **características particulares**: una actividad de investigación científica en el campo biomédico en áreas de conocimiento y terapéuticas múltiples. Esta actividad científica en el campo biomédico no responde a parámetros que la doten de uniformidad u homogeneidad, siendo especialmente diversa, heterogénea y con un elevado componente técnico-científico y, como es consustancial a toda investigación, con altas dosis de imprevisibilidad en su ejecución, desarrollo y planificación.*

Así, la actividad de investigación científica se desarrolla en el seno de cada una de las Fundaciones y centros a través de múltiples “Proyectos de Investigación” diferenciados, como unidad de gestión o actividad investigadora, que

- tienen objetos y líneas de investigación independientes y no vinculados,*
- cuentan con financiación independiente -con fuentes que varían en cada caso, de procedencia privada o pública, en régimen de concurrencia competitiva-.*

- (iii) se desarrollan temporalmente en periodos determinados y de forma diferenciada, solapándose o no en su desarrollo y ejecución,
- (iv) se encuentran físicamente ubicados en emplazamientos en su caso diferentes (centros, hospitales, ...)
- (v) son gestionados y dirigidos por un Investigador Principal diferente (personal integrante o no de la propia Fundación).

El "**Proyecto de Investigación**" viene, en el seno de cada Fundación gestora, a configurarse de hecho como una unidad funcional individual y separada, que cuenta con financiación específica y con competencias respecto a la gestión del proyecto y sus necesidades para su efectiva ejecución.

Dentro del ámbito de los proyectos de investigación biomédica existen necesidades de naturaleza contingente que responden a finalidades distintas y singulares que no son susceptibles de ser programadas y planificadas en el tiempo y/o coordinadas en conjunto. Nos referimos a aquellas que, dándose en el seno de los Proyectos de Investigación, e imprescindibles para su correcto desarrollo y para garantizar la obtención de resultados científicos sólidos y fiables, vienen determinadas por los objetivos científicos perseguidos por el proyecto en sí, por la metodología científica diseñada, por el momento concreto en el que son conocidas, y por el propio curso y avance de la investigación, y en definitiva por diversos factores diferenciadores que se describen a continuación:

Sobre la financiación de los Proyectos de Investigación

Los distintos Proyectos de Investigación gestionados en el seno de una misma Fundación de la RFGI-SSPA cuentan con financiación independiente y diferenciada, proveniente de fuentes de financiación que pueden ser diversas, ya sean privadas –en virtud de convenios o acuerdos de colaboración suscritos al efecto- ya sean públicas, a través de subvenciones específicas en régimen de concurrencia competitiva, de organismos y administraciones públicas autonómicas, nacionales y/o europeas.

Sobre el órgano de contratación y el gestor real de la compra

Con carácter general la Dirección/Gerencia de la Fundación tiene la condición de órgano de contratación. No obstante, quien realmente determina la decisión de cualquier contratación o compra suele ser diferente. En el caso de los Proyectos de Investigación desarrollados por los grupos de investigación, la decisión real sobre la necesidad de una compra recae en el Investigador Principal responsable del desarrollo de cada uno de los proyectos de investigación específicos, quien influye de forma crítica para garantizar el buen fin del proyecto de investigación. Ello sin perjuicio de que el gasto deba ser ratificado por el órgano de contratación que articule el procedimiento de compra para la ejecución efectiva de la misma. Esta posición del Investigador Principal como agente clave en el proceso de decisión de compra no se fundamenta únicamente en su rol de liderazgo técnico en el proyecto, sino además en la condición de beneficiario de la ayuda/subvención que financia la investigación o incluso en el papel clave en el desarrollo de la investigación clínica, en la que firma los protocolos de ensayos clínicos o estudios observacionales.

Sobre el criterio de contratación proveedor - proyecto.

De acuerdo con la naturaleza de la actividad de investigación biomédica, descrito previamente, en las contrataciones de servicios y suministros se atiende al Proyecto de Investigación como unidad funcional operativa.

La ley general de subvenciones (art.11.2).considera al Investigador Principal como beneficiario de la ayuda, al mismo nivel que la Fundación.

Las necesidades que surgen en el seno de cada uno de los proyectos de investigación individualmente considerados se justifican por la necesidad de realizar ese proyecto en particular (unidad operativa, funcional o

sustancial que viene determinada por el proyecto en sí mismo). Las características de los proyectos de investigación que les hace cualitativamente diferentes son:

- *Independencia funcional con resultados distintos definidos en una Memoria científica.*
- *Partidas propias y plazos de ejecución diferentes, que da autonomía a cada proyecto.*
- *Necesidades diferentes en el tiempo, en función de los resultados obtenidos y del avance científico del proyecto. Cada uno tiene su propio plazo de ejecución, sus condiciones de justificación y sus fines concretos.*

De tal modo que, aunque en dos Proyectos de investigación distintos se realizaren compras similares o idénticas, cada una va destinada a un fin distinto (la realización del proyecto) y la complejidad de gestionarlo en su caso conjuntamente deriva de lo expresado previamente. Es decir, aunque fueren necesidades similares tendría que coincidir que coincidieran en la misma fase científica del proyecto, tuvieran disponible en las mismas partidas de justificación y pudieran ejecutarse de forma simultánea, por lo que resulta de elevada complejidad de gestión establecer un vínculo operativo o sustancial de las compras y la explotación y la justificación debería realizarse de forma independiente.

Sobre la vinculación de las compras a avance de los proyectos y los resultados científicos

En cada uno de los Proyectos de Investigación específicos es el avance de los mismos el que condiciona las necesidades de compra, y el investigador principal, amparado por la ley de la ciencia, el que tienen el conocimiento sobre el fungible y los equipos necesarios para el correcto desarrollo y ejecución del mismo. Sin perjuicio de que en cada uno de los Proyectos de Investigación se realiza una planificación preliminar sobre la ejecución del proyecto y se desglosan las partidas necesarias para la ejecución del mismo, es el avance del propio proyecto el que condiciona la compra definitiva y en la mayor parte de los proyectos esto conlleva una constante solicitud de cambio de partidas de los proyectos que, si la justificación científica es adecuada, el organismo financiador concede. En esta dinámica, es el investigador principal, amparado por la ley de la ciencia, el único que puede hacer los pedidos de forma adecuada al seguimiento del proyecto.

Sobre la justificación de los proyectos

La justificación de la financiación obtenida en cada Proyecto de Investigación se debe realizar de forma independiente para cada uno de ellos, en función de:

- *Criterios de cada entidad financiadora, pública y/o privada (las bases reguladoras de las convocatorias establecen los plazos, la forma y requisitos de la justificación y los criterios básicos de elegibilidad de los gastos)*
- *Partidas de gasto autorizadas y elegibles, que pueden variar de un proyecto a otro.*
- *Memoria científica a presentar*

No cumplir con los requisitos de la justificación acarrea la devolución de las subvenciones. Casar estos criterios de singularidad con una concepción global de compras menores en la totalidad de Proyectos de Investigación gestionados y que tienen tal carácter contingente, supondría una limitación y un riesgo, tanto temporal como material, para la justificación de los mismos individualizadamente.

Sobre la obsolescencia del fungible para investigación biomédica que dificulta la gestión de almacenes y compras

Los Proyectos de Investigación biomédica están en la frontera del conocimiento, por lo que se necesitan los últimos avances en los distintos bienes y servicios. Lo que condiciona un alto riesgo de obsolescencia de los productos y dificulta la planificación temporal de las compras de forma global. La mayor parte de las compras de

fungible de investigación biomédica se realiza por tanto con un fungible de escaso periodo de caducidad, en especial todo el material que se debe conservar refrigerado.

Sobre la continuidad de los proyectos

La continuidad de un proyecto de investigación concedido en un determinado ejercicio no está garantizada ya que las ayudas deben de justificarse anualmente y estas son reintegrables si no se consiguen los resultados esperados. Esta eventualidad impide una planificación global de necesidades de compra de un determinado producto o material en diferentes Proyectos.

Resulta inviable, en base a lo explicado anteriormente, planificar de manera conjunta para todos los Proyectos de Investigación gestionados en el seno de una Fundación gestora la adquisición de los medios materiales necesarios –generalmente fungibles– para el desarrollo de los mismos, considerando que no todos emplean las mismas técnicas de investigación, lo que determina en gran medida lo que es necesario adquirir y en que momento surge la necesidad de adquisición, en función de su avance, necesidad de justificación, continuidad, etc..

Así pues, la propia particular naturaleza de la actividad de las Fundaciones de la RFGI a través de los Proyectos de Investigación, con:

- *la heterogeneidad de su actividad (cada proyecto de investigación es particular en sí mismo, con sus propios objetivos científicos);*
- *su parcelación natural (el proyecto de investigación, y este a su vez, en cada rama de investigación e incluso de área del conocimiento de la salud o línea terapéutica);*
- *la imposibilidad de la planificación de la actividad investigadora debido su naturaleza contingente intrínseca (el trabajo sobre hipótesis en la búsqueda de nuevos conocimientos);*
- *la fuente principal de financiación de la investigación diferenciada en cada Proyecto (ayudas competitivas diferenciadas), que hace variar de forma incierta tanto el momento de obtención de financiación, como el momento y forma de justificación ante los organismos financiadores en la convocatoria de referencia determina que, al margen de ciertas necesidades recurrentes y homogéneas de la actividad gestionada, existan objetos de contrato de compra similares susceptibles de aprovechamiento independiente y temporalmente diferenciados y que no constituyen una unidad funcional, haciendo imposible su programación o previsión conforme a normas habituales de gestión.*

Un sector de la investigación biomédica, que es objeto de regulación especial en materias elementales como puede ser la contratación de recursos humanos -donde se prevén contratos especiales que se apartan de la normativa general laboral-, y en el que la innovación -línea estratégicas y de especial consideración por las normas de contratación- y la agilidad y eficacia es determinante, en un ámbito tan clave para la sociedad como es la protección de la salud, el beneficio del paciente, el fomento del conocimiento científico, su divulgación y la traslación a la realidad sanitaria de nuestro sistema.

Por tanto, a los efectos de lo establecido en el artículo 118.3. LCSP consideramos, conforme al criterio de la JCCP del Estado que el criterio determinante de la posibilidad y del procedimiento de contratación no debe ser el mero criterio temporal o económico si un proveedor ha celebrado contratos previos con la Fundación gestora en su conjunto, sino si el objeto del contrato, que no se haya alterado indebidamente. A tales efectos consideramos que en este ámbito de actividad de investigación científica, conforme se ha descrito, el Objeto del Contrato viene determinado por los siguientes ítems:

- *Identificación del Proyecto de Investigación*
- *Identificación del Grupo de investigación e Investigador Principal*
- *Cualquier otro requisito técnico necesario para el desarrollo del proyecto (en qué equipo se va a emplear, por ejemplo)*

Por todo ello, de conformidad con el artículo 328 de la LCSP, vengo en formular la siguiente **consulta**, solicitando a esa Comisión Consultiva la emisión de dictamen al respecto:

Si, considerando las circunstancias y peculiaridades descritas sobre el Proyecto de Investigación como entidad operativa de desarrollo de la actividad investigadora por las Fundaciones de la RFGI-SSPA, y a los efectos del cumplimiento de las obligaciones y limitaciones establecidas en el artículo 118.3 LCSP, la contratación en el marco de cada uno de los Proyectos de Investigación, como unidades funcionales separadas, de un contrato menor con un mismo operador económico y con un determinado objeto, permite considerar adecuadamente que por parte la Fundación gestora del conjunto de Proyectos de Investigación diferentes no se está alterando indebidamente el objeto del contrato, considerándose por tanto que las prestaciones objeto de dichos contratos sean cualitativamente diferentes y no forman una unidad por encontrarse vinculados a distintos Proyectos de Investigación, independientes y diferenciados en los términos y circunstancias descritas.”

II – INFORME

Se eleva por las Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías de Educación, de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural y de Salud solicitud de informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública sobre la interpretación de diferentes aspectos de los expedientes de contratación en contratos menores de la LCSP.

Vista la similitud en el contenido de las peticiones de informes se procede a la acumulación de las mismas.

La LCSP deroga el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público e introduce importantes novedades en la regulación de los contratos públicos. Entre las muchas novedades destacan las reformas operadas en las normas reguladoras de los contratos menores contenidas en los artículos 29.8, 118, 131.3 y 153.2.

La nueva regulación de la contratación menor en la LCSP es una de las cuestiones que más confusión y disparidad de criterios ha provocado en los gestores de la contratación administrativa en todos los ámbitos de la Administración Pública, dando lugar a numerosos estudios, informes y recomendaciones, no siendo coincidentes en sus criterios.

Ello ha hecho que se haga necesario un pronunciamiento expreso de esta Comisión Consultiva de Contratación Pública, que fije un criterio homogéneo de actuación respecto a esta modalidad de contratación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

a. Documentación necesaria para la tramitación del expediente.

En relación con la norma anterior, la LCSP ha supuesto un cambio importante en la regulación tanto de la tramitación como del contenido mínimo del expediente en el supuesto de los contratos menores, estableciendo con claridad cuáles son esos documentos que han de constar, al menos, en el expediente, cuales son:

- **Informe del órgano de contratación** motivando la necesidad del contrato.
- **Informe** en el que el **órgano de contratación** garantice que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, esto es, que no se está produciendo un **fraccionamiento** de su cuantía para eludir la aplicación de las reglas de adjudicación, en los términos establecidos en el artículo 118.3, los cuales serán analizados en este mismo informe.
- **Aprobación del gasto**
- Incorporación de la **factura** correspondiente, que deberá reunir los requisitos legalmente establecidos.
- Supuesto especial de **contrato de obra**: el **presupuesto de las obras** y el correspondiente **proyecto** cuando normas específicas así lo requieran. Igualmente constará el informe de las oficinas o unidades de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

Con respecto a la **publicidad, la adjudicación** de dichos contratos debe publicarse en el perfil de contratante, lo que podrá realizarse de forma agrupada con carácter trimestral, conforme a lo establecido en el artículo 63.4 LCSP, indicando al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el IVA, y la identidad del adjudicatario.; lo que se configura como un criterio para la ordenación de los contratos.

El expediente completo con estos elementos servirá como vía para la formalización de los contratos menores y recordemos en este sentido que la Ley no permite un tratamiento diferente del contrato menores en función del sistema de pago del precio que se utilice, es decir, respecto a la documentación que debe incorporarse al expediente habrá de respetarse las reglas contenidas en artículo 118 también en el caso de los contratos menores cuyo pago se efectúe por el sistema de caja fija o similar.

b. Establecimiento de un régimen de incompatibilidad para la adjudicación de sucesivos contratos menores a un mismo contratista, que ya haya resultado adjudicatario de anteriores contratos menores, cuando con ello se superen las cuantías que limitan este tipo de contratos.

El artículo 118 apartado tercero señala lo siguiente:

“En el 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. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º”.

La redacción del mismo puede suscitar dudas en relación con el ámbito objetivo, subjetivo y temporal, ámbitos sobre los que en ese apartado tercero se constituye una regla de incompatibilidad para la adjudicación de sucesivos contratos menores a un mismo contratista que ya haya sido adjudicatario de anteriores contratos menores cuando con ellos se superen las cuantías que limitan este tipo de contratos.

Esa falta de claridad del apartado tercero del artículo 118 LCSP obliga, en aras de una mayor seguridad jurídica, a que por vía interpretativa deba determinarse el alcance de sus prescripciones.

b.1. Por lo que se refiere al plazo temporal, al no contener referencia alguna el tenor literal del artículo 118.3 LCSP no permite por sí mismo conocerlo, y la opción de que éste fuese de duración indefinida resultaría del todo desproporcionado y disfuncional.

Acudiendo a la enmienda de la que trae causa este artículo -enmienda 583, de adición, del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, incluida como mejora técnica del artículo, que indicaba *“el contratista no haya suscrito más contratos menores en la misma anualidad”* y a la duración máxima de los contratos menores, prevista en el artículo 29.8 de la LCSP *“los contratos menores definidos en el apartado primero del artículo 118 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga”* este órgano consultivo considera que el criterio aplicable al periodo sobre el que debe aplicarse la incompatibilidad sería el de la anualidad presupuestaria.

En este mismo sentido se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 3/2018, de 13 de febrero de 2018 *“En lo relativo al carácter temporal de la incompatibilidad, la enmienda resultaba más clara que la redacción del precepto que finalmente se ha incorporado a la LCSP, al incluir una referencia expresa a la “anualidad” que de haberse mantenido habría servido para aclarar definitivamente la cuestión. En todo caso, de entenderse que la regla de incompatibilidad se aplica sobre una base anual no supondría sino una aplicación de la regla de anualidad, que es un principio básico del Derecho presupuestario (art. 27.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria) cuya aplicación aclararía de forma satisfactoria el ámbito temporal durante el que se prolonga la incompatibilidad establecida en el artículo 118.3 LCSP (...) esta Junta interpreta que la incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el artículo 118.1 se aplicará sobre la base del ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad”*.

En similares términos se han pronunciado la Junta de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su informe 1/2018, de 11 de abril, la Junta Consultiva de la Generalitat de Catalunya, en su informe 1/2018, de 20 de abril, la Junta Consultiva de la Comunidad de Galicia, en su informe 1/2018, de 25 de abril, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, en su Recomendación 1/2018 y la Junta Superior de Contratación Administrativa de Generalitat Valenciana, en su informe 4/2018, de 15 de junio, manifestando esta última que *“ la exigencia adicional de que en el momento de contratar se computen los contratos menores tenidos con el contratista desde un año antes a la aprobación de una nueva contratación menor para determinar el cumplimiento de esa limitación, añade una restricción adicional que en nada mejora el cumplimiento de los principios de la contratación pública que se tratan de proteger y, en cambio, dificulta su comprobación y puede crear inconvenientes y perjuicios al interés público al limitar la posibilidad de utilizar el contrato menor en función de las necesidades reales apreciadas por el órgano de contratación”*.

En base a todo lo anterior este órgano consultivo entiende que la limitación temporal ha de referirse al ejercicio presupuestario, lo que por otro lado conecta con la necesaria programación de la contratación

pública a desarrollar en un ejercicio presupuestario establecida en el artículo 28 de la LCSP, si bien el mismo también contempla la posibilidad de planificar períodos plurianuales.

b.2. Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de esta regla de incompatibilidad, cuestionan los órganos consultantes *“si se aplica a entidades contratantes o a órganos de contratación y, en este último supuesto cómo [sic] aplicaría en los casos en que la competencia para contratar se encuentre delegada”*. El artículo 118.3 establece que *“(...) el órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla”*, sin establecerse expresamente el ámbito subjetivo, por lo que cabe plantearse si la regla de incompatibilidad se aplica a las entidades contratantes o bien a cada órgano de contratación que forme parte de una determinada entidad contratante.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 26.2.i) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, a las personas titulares de las Consejerías les corresponde suscribir contratos y convenios relativos a asuntos propios de su Consejería, salvo en los casos en que corresponda al Consejo de Gobierno.

Asimismo el Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados, en su artículo 2.1 dispone que las personas titulares de las Consejerías son los órganos de contratación de las mismas, estando facultadas para celebrar en su nombre los contratos relativos a asuntos propios de su Consejería, salvo en los casos en que, con arreglo a la ley, la competencia para celebrar o autorizar los contratos, corresponda al Consejo de Gobierno.

Por su parte los órganos de contratación de las agencias serán los que se determinen en sus estatutos, de acuerdo con el artículo 62 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre; los órganos de contratación de las entidades vinculadas con régimen de independencia funcional o de especial autonomía a que se refiere la disposición adicional segunda de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, serán los que se determinen en su normativa específica.

La capacidad para contratar de las personas que ostenten la representación en las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz se regirá por lo establecido en sus estatutos y por las normas de derecho privado que les resulten de aplicación. Los órganos de contratación de los consorcios referidos en el artículo 12.3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, serán los establecidos en sus estatutos.

Ahora bien, la LCSP no hace distinción entre los órganos que tienen atribuida la competencia como titulares y las que la ejercen por delegación o desconcentración del órgano de contratación. No obstante, el apartado 118 de la LCSP hace referencia expresa al concepto de valor estimado de los contratos para establecer los umbrales para adjudicación de los contratos menores.

En este sentido debe tenerse presente las consideraciones emanadas por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía en sus informes HPPI00086/18 y HPPI00087/18, de fecha 4 de mayo, respecto al órgano de contratación en cuanto a la envergadura del objeto del contrato, donde hace referencia al

concepto de unidad funcional al que alude el artículo 101.6 de la Ley “(...) es decir que cuando un órgano de contratación esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales. No obstante, lo anterior, cuando una unidad funcional separada sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella, los valores pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate. En todo caso, se entenderá que se da la circunstancia aludida en el párrafo anterior cuando dicha unidad funcional separada cuente con financiación específica y con competencias respecto a la adjudicación del contrato. Ello incide sobre la posibilidad de fraccionamiento del contrato, y por tanto sobre el cálculo del valor estimado.”

Como se indica en el informe 4/2018, de 14 de junio, de la Junta Superior de Contratación Administrativa, de la Generalitat Valenciana, los dos primeros párrafos del precepto anteriormente transcrito se encuentran con idéntica redacción en el artículo 5.2 de la Directiva 2014/24/UE, si bien en la norma europea se refiere al poder adjudicador en lugar de al órgano de contratación. El considerando 20 de esta Directiva ilustra esta cuestión de la siguiente forma: *A los efectos de estimar el valor de un contrato concreto es preciso aclarar que debe permitirse basar la estimación de este valor en una fragmentación del objeto del contrato únicamente cuando esté justificado por motivos objetivos. Por ejemplo estaría justificada una estimación del valor de un contrato al nivel de una unidad funcional que esté separada del poder adjudicador, como es el caso de un colegio o de una guardería, siempre y cuando la unidad de que se trate sea responsable de manera independiente de su contratación. Puede suponerse que así es cuando la unidad funcional que esté separada del poder adjudicador lleve los procedimientos de contratación y tome las decisiones de compra de manera independiente, disponga de una línea presupuestaria separada para los contratos de que se trate, celebre el contrato de manera independiente y lo financie con cargo a un presupuesto del que dispone. No se justifica una fragmentación cuando el poder adjudicador se limite a organizar una licitación de manera descentralizada.*”

Teniendo en cuenta que la razón de ser del concepto del valor estimado en la normativa aplicable en materia de contratos del sector público es ser el elemento determinante para la selección del procedimiento de contratación y la consiguiente aplicación de las normas en materia de publicidad y que el artículo 118.3 tiene por finalidad prohibir el recurso al contrato menor para eludir las obligaciones que en función del valor estimado se derivan de los principios de publicidad y de concurrencia, entiende esta Comisión Consultiva que las referencias al órgano de contratación contenidas en el mismo deben ser entendidas a aquellos órganos que ejercen facultades del órgano de contratación directamente o por delegación, siempre y cuando estas lo hagan de manera autónoma y gestionen unas determinadas partidas presupuestarias con exclusividad. En estos casos serán estos órganos, los competentes para la formalización de los contratos, los encargados de comprobar y certificar el régimen de incompatibilidad para la adjudicación de sucesivos contratos menores a un mismo contratista, limitándose a su unidad funcional. Lo mismo cabe decir respecto a la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación

No parece razonable ni proporcionado que, en una Consejería con multitud de perfiles de contratante tanto en servicios centrales como en las diversas Delegaciones Territoriales, sea la persona titular de la misma quien tenga que emitir ese informe cuando ha delegado las competencias en otros órganos y éstos gestionan unas determinadas partidas presupuestarias con exclusividad.

Supuesto distinto es el caso de la desconcentración de competencias, pues en dicho caso la titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas al órgano originariamente, pasan a ser titularidad del

órgano jerárquicamente dependiente en el que se desconcentran las mismas, aumentando consiguientemente de una manera normal las atribuciones o competencias de los órganos inferiores, en los términos y con los requisitos que prevean la propias normas de atribución de competencias, todo ello de conformidad con lo indicado en el artículo 8 de la citada Ley 40/2015, de 1 de octubre.

b.3. Por lo que se refiere al ámbito objetivo de aplicación de esta regla de incompatibilidad, el artículo 118.3 dispone que *“en el 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”*.

Entiende este órgano consultivo, aplicando los criterios de interpretación contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil, que la finalidad de esta norma, atendiendo al contenido completo del artículo y a su contexto, es evitar que se altere el objeto del contrato para eludir los principios básicos de publicidad y transparencia de los procedimientos de contratación, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, libertad de acceso a la contratación pública y eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Por ello, el órgano de contratación deberá justificar que el objeto del contrato es cualitativamente distinto al de otros contratos menores celebrados con anterioridad por el mismo órgano, o bien que, aún cuando las prestaciones que constituyen el objeto de esos contratos menores son equivalentes, no hay duda alguna de que no constituyen una unidad funcional o de ejecución en lo económico y en lo jurídico.

Por tanto, si el objeto de esos contratos menores con un mismo contratista que se hayan celebrado con anterioridad al que ahora se pretende celebrar y cuyos importes acumulativamente superan los umbrales previstos en el apartado primero del artículo 118, es cualitativamente distinto y se justifica adecuadamente en el expediente que no forman parte de una unidad funcional o de ejecución, no resultaría de aplicación esa limitación establecida en el art. 118.3 LCSP y, por tanto, podría celebrarse ese nuevo contrato menor. Asimismo, debe considerarse que hay un fraccionamiento indebido del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contratan por separado no son susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional u operativa entre ellas.

En cambio, no debe considerarse que hay un fraccionamiento indebido cuando estamos ante varios objetos que no están vinculados entre sí de tal forma que la ejecución y explotación de uno o varios de ellos no es necesario para la ejecución y explotación de cualquiera de los demás, o cuando los objetos sean semejantes pero independientes entre sí.

En este sentido cabe citar el Informe 42/2017 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado emitido en relación con la interpretación del artículo 118.3 LCSP: *“el artículo 118.3 de la ley 9/2017 debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar en el expediente de contratación de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor (...) 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”.

Por lo anteriormente indicado, es imprescindible delimitar correctamente la unidad funcional o de ejecución, entendiendo que existe una unidad funcional del contrato cuando los elementos son inseparables para el logro de una finalidad o éstos son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. En este sentido, considera este órgano consultivo que pueden ser elementos de referencia para ello la nomenclatura CPV (Common Procurement Vocabulary - Vocabulario Común de Contratación Pública), sistema de identificación y categorización de todas las actividades económicas susceptibles de ser contratadas mediante licitación pública en la Unión Europea, el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), la Clasificación central de productos (CPC), la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), o el Código genérico en el caso de los servicios sanitarios.

III – CONCLUSIONES

1.- El ámbito temporal que debe utilizarse para la aplicación de la regla de incompatibilidad en cuanto a la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el artículo 118.1 LCSP es el del ejercicio o anualidad presupuestaria.

2.- Respecto al ámbito subjetivo de aplicación de la regla de incompatibilidad prevista en el artículo 118.3 LCSP las referencias al órgano de contratación contenidas en el mismo deben ser entendidas a aquellos órganos que ejercen facultades del órgano de contratación directamente, por delegación o desconcentración, siempre y cuando estas lo hagan de manera autónoma y gestionen unas determinadas partidas presupuestarias con exclusividad. En estos casos serán estos órganos, los competentes para la formalización de los contratos, los encargados de comprobar y certificar el régimen de incompatibilidad para la adjudicación de sucesivos contratos menores a un mismo contratista, limitándose a su unidad funcional. Lo mismo cabe decir respecto a la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación.

3.- Respecto al ámbito objetivo, si un órgano de contratación ha celebrado contratos menores con un contratista y pretende celebrar otros contratos menores con el mismo contratista cuyos importes acumulativamente superen los umbrales previstos en el apartado primero del artículo 118, solo podrá hacerlo si el objeto de esos nuevos contratos menores es cualitativamente distinto y se justifica adecuadamente en el expediente que no forman parte de una unidad funcional o de ejecución.

Es todo cuanto se ha de informar.