

Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores.

I. ANTECEDENTES

El Presidente de la Diputación provincial de Zaragoza se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante oficio, de fecha 15 de enero de 2017 del siguiente tenor literal:

ANTECEDENTES

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) en el apartado segundo de su Preámbulo declara que:

«Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública y, en segundo lugar, conseguir una mejor relación calidad precio (...).

También se da satisfacción aquí a la necesidad de simplificación de los trámites y con ello, de imponer una menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las PYMES. El proceso de licitación debe resultar más simple, con la idea de reducir las cargas administrativas de todos los operadores económicos intervinientes en este ámbito, beneficiando así tanto a los licitadores, como a los órganos de contratación»,

El artículo 118 de la LCSP responde al cumplimiento de dichos objetivos con una novedosa regulación de los contratos menores, en los siguientes términos:

«Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.

I. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

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.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran.

Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

3. 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.

4. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4».

El artículo 63, 4 de la LCSP dispone:

«La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario.

Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores».

De otra parte, la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones se recoge en la Disposición Adicional Novena de la LCSP que establece lo siguiente:

«I. La suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, y en la medida en que resulten imprescindibles, la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las

condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago. El abono del precio, en estos casos, se hará en la forma prevista en las condiciones que rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.

2. Cuando los contratos a que se refiere el apartado anterior se celebren por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, las entidades del sector público contratantes tendrán la consideración de consumidores, a los efectos previstos en la legislación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico».

Las novedades de la nueva regulación, respecto de la contenida en el TRLCSP, son: a) Se disminuyen los umbrales que permiten acudir al contrato menor; b) Se requiere un informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato; e) Se exige acreditar que no se está alterando el objeto del contrato con la finalidad de evitar la aplicación de las reglas generales de contratación; d) Se debe justificar que el contratista no ha suscrito más contratos individuales que individual o conjuntamente superen los 40.000 euros en el supuesto de obras o de 15.000 euros cuando se trate de suministro o de servicios; y e) Los contratos menores se deben publicar.

Es evidente, que la novedad del número 3 del artículo 118 de la LCSP, incluida en el texto de la norma en la tramitación parlamentaria, tiene por finalidad incrementar la competencia en la contratación e impedir que los órganos de contratación adjudiquen este tipo de contratos al mismo empresario.

Ahora bien, son muchos los órganos de contratación, entre ellos los de la Diputación Provincial de Zaragoza, que disponen de un procedimiento especial de licitación electrónica para la adjudicación de los contratos menores, que incluye publicidad a través de su plataforma de contratación y libre concurrencia.

De manera que existe auténtica licitación, con plazo de presentación de ofertas, desde su publicación, y valoración de las ofertas presentadas. Esto es, no se adjudica de forma directa el contrato menor sino a quien ofrece la oferta económicamente más ventajosa. De manera que en estos supuestos existe concurrencia, no se restringe la competencia, y ningún empresario tiene garantizado el contrato por su mera participación.

Así, se recoge en el Decreto 1045/2017, de 23 de mayo de 2017, de la Presidencia de la Diputación Provincial de Zaragoza.

De una interpretación sistemática y conforme a los principios y fines de la LCSP según su Preámbulo -de transparencia, concurrencia, competencia, seguridad jurídica, proporcionalidad, igualdad y no discriminación; pero también de eficacia y de dar satisfacción a la necesidad de simplificación de los trámites y con ello, de imponer una menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las pymes-,

parece que debiera entenderse que la limitación del artículo 118, 3 de la LCSP opera únicamente respecto de aquellos contratos menores que únicamente cuentan con el informe del órgano de contratación, aprobación del gasto y la factura correspondiente. Es decir, aquellos que se adjudican directamente sin publicidad previa, ni posibilidad de concurrencia.

Y es que, aplicar esta limitación a los casos en los que se tramiten los contratos menores con licitación no tiene ninguna justificación; e incluso cabría entender que es una limitación a la aplicación del principio clave de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa (ahora, en la nueva terminología legal, a la mejor oferta). Lo que, además, tendría consecuencias, no deseadas por el legislador (que está pensando en el procedimiento que él diseña para los menores, es decir, sin licitación), ni deseables, tanto para las arcas públicas, como también para las empresas que hacen las mejores ofertas; lo que iría también contra las leyes del mercado.

Finalmente, y atendiendo a las competencias que en materia asistencial corresponde a la Diputación Provincial en relación con los municipios, hay que considerar los supuestos, nada infrecuentes en los pequeños municipios de la provincia de Zaragoza, en que únicamente pueda ser adjudicatario del contrato un empresario con el que ya se ha contratado y, por tanto, no se pueda contratar sin superar el límite legal -aquellos supuestos de existencia de un único prestador de servicios o de único suministrador, por ejemplo único taller mecánico-.

A la vista de todo cuanto se ha expuesto, se desea conocer el criterio de esa Junta Consultiva, en relación con las cuestiones que se relacionan, sobre las que se solicita

INFORME

PRIMERO.- La limitación introducida para los contratos menores por el artículo 118.3 de la LCSP por razón del contratista ¿Debe entenderse con independencia del objeto y características del contrato, de manera que la cifra máxima lo es a todos los contratos menores suscritos con el contratista durante el año por el órgano de contratación, o lo es en función del objeto del contrato y características del contrato?.

SEGUNDO.- A la vista de la remisión que la Disposición Adicional Novena de la LCSP realiza al artículo 118, para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones ¿Hay que entender que también en estos casos opera la limitación introducida para los contratos menores por el artículo 118, 3 de la LCSP?

TERCERO.- ¿Cuál es el plazo en el que rige la limitación de contratación con el mismo empresario?. ¿Qué duración deben tener los contratos del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones a que se refiere la Disposición Adicional Novena LCSP?.

CUARTO.- En aquellos supuestos en que los órganos de contratación disponen de un procedimiento especial para la adjudicación de los contratos menores, que incluye publicidad y libre concurrencia; de manera que existe auténtica licitación, con plazo de presentación de ofertas, desde su publicación, y valoración de las ofertas presentadas ¿Es de aplicación la limitación introducida para los contratos menores por el artículo 118. 3 de la LCSP por razón del contratista?.

QUINTO.- ¿Cómo debe actuarse en los supuestos, especialmente en los pequeños municipios, en que únicamente pueda ser adjudicatario del contrato un empresario con el que ya se ha contratado y, por tanto, no se pueda contratar sin superar el límite legal?.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 13 de febrero de 2018, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación activa del solicitante.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado en aplicación de lo dispuesto en el art. 3.2 en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartados 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

De la solicitud de informe pueden deducirse determinadas cuestiones de alcance general relacionadas con el funcionamiento de la regla de incompatibilidad para la adjudicación sucesiva de contratos menores que establece el art. 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 (en adelante, LCSP).

El Presidente de la Diputación Provincial de Zaragoza es un órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.g) del mencionado Decreto 81/2006.

II. El procedimiento de adjudicación de contrato menor en la nueva LCSP

El art. 118 LCSP recoge, en un sentido similar a como se hacía en el art. 111 del 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 (TRLSP), una serie de reglas para la tramitación de los expedientes de contratación de los contratos menores. Dicho precepto dispone ahora que:

«Artículo 118 Expediente de contratación en contratos menores

1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

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.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

3. 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

4. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4».

Tal y como puede apreciarse, la nueva regulación del contrato menor en la LCSP incluye algunas novedades. En primer lugar, incorpora la propia definición cuantitativa de los límites del contrato menor, que en el TRLCSP se recogían en el art. 138.3, precepto dedicado a los «procedimientos de adjudicación», en el entendido de que la verdadera naturaleza jurídica del contrato menor es, precisamente, la de un procedimiento de adjudicación. Esa definición de los límites cuantitativos del contrato menor se caracteriza por un descenso de los mismos tanto en relación con los contratos de obras (el límite de 40.000 euros sustituye al de 50.000 euros recogido en el TRLCSP) como con los de servicios y suministros (el nuevo límite es de 15.000 euros frente a los 18.000 de la regulación anterior). Puede señalarse que en el Proyecto de Ley 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 (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 2-1, de 02/12/2016), las cuantías que se proponían eran las mismas que las de la legislación anterior. Las cuantías actuales son las resultantes de una transacción durante la tramitación parlamentaria, resultando –como ya se ha dicho- inferiores a las que figuraban en el proyecto de Ley, pero sensiblemente superiores a las que aparecían en la Enmienda núm. 102 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados.

Por otra parte, la utilización ahora del concepto de «valor estimado» para referir esos límites cuantitativos es mucho más clara que la referencia al «importe» incluida en el TRLCSP, y que obligó en su momento a una aclaración del alcance de dicho concepto.

Respecto de la tramitación de los expedientes, se mantiene la necesidad de aprobación del gasto y la incorporación de la correspondiente factura, sin perjuicio del presupuesto y el proyecto, cuando resulte necesario, en los contratos de obras. Se incorporan como novedad el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato, así como la publicidad de la adjudicación de dichos contratos en el perfil de contratante, que podrá

realizarse de forma agrupada con carácter trimestral, conforme indica el art. 63.4 LCSP.

La principal novedad, sin embargo, es la introducción, en el apartado 3, de una regla de incompatibilidad para adjudicar sucesivos contratos menores a un contratista que ya haya resultado adjudicatario de anteriores contratos menores, cuando con ello se superen las cuantías que limitan este tipo de contratos, como antes hemos señalado. La adición de un apartado 3 al art. 118 del Proyecto de Ley de contratos del sector público presentado por el Gobierno trae causa de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados. La enmienda en cuestión (núm. 583) proponía la introducción de un nuevo apartado 3 en el art. 118 con la siguiente redacción:

«En el expediente se garantizará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y el contratista no haya suscrito más contratos menores *en la misma anualidad*, lo que comprobará el responsable del contrato».

No obstante, fruto de las necesarias transacciones en el seno de la Comisión de Hacienda y Administración Pública del Congreso, encargada de la tramitación del proyecto de Ley, la redacción definitiva de ese apartado no es exactamente coincidente con la de la enmienda presentada.

La regla que introduce en su apartado 3 el art. 118 es toda una novedad en la legislación básica de contratación pública, si bien no es una prescripción original por cuanto existen antecedentes en algunas normas autonómicas que seguramente sirvieron de inspiración para la formulación de la citada enmienda. Así, en el Proyecto de ley reguladora del patrimonio, el servicio público y la contratación local de Aragón que se tramitaba durante la VII Legislatura, en paralelo al que se convertiría en nuestra Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público (aunque a diferencia de éste, no llegase a ser aprobado al caducar por expirar la legislatura), como artículo 76.2 se establecía que «No podrá utilizarse el contrato menor para la adjudicación de prestaciones del mismo tipo a un

operador económico que, en los dos últimos años, haya resultado adjudicatario de contratos menores de la misma entidad contratante por un importe acumulado de 90.000 euros, para contratos de suministros y servicios, y de 200.000 euros en el supuesto de contratos de obras». Posteriormente, una regla de incompatibilidad similar se incluiría en la Ley 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra (mediante la introducción de un apartado 6 en el artículo 73 con ocasión de la reforma operada por Ley Foral 14/2014, 18 junio), para disponer que «ninguna empresa o profesional podrán ser adjudicatarios dentro de la misma administración contratante y durante un mismo ejercicio presupuestario de un número de contratos adjudicados mediante factura o factura con reserva de crédito cuya cuantía acumulada sea superior a 80.000 euros, IVA excluido, en obras, y 30.000 euros, IVA excluido, en el resto de contratos».

La falta de claridad del apartado 3 del art. 118 LCSP, tal como ponen de manifiesto las cuestiones que se plantean en la consulta obligan a que por vía interpretativa deba determinarse el exacto alcance de sus prescripciones, en aras a una mayor seguridad jurídica que la que resulta del tenor literal del texto legal.

Si bien la dogmática jurídica moderna se basa en gran medida en la autonomía de la «voluntas legis» respecto a la «voluntas legislatoris», en función de elementos como la interpretación sistemática o «contexto» o «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», como se establece en el art. 3.1 del Código Civil, en este caso la proximidad de la aprobación obliga a tener especialmente en cuenta la voluntad del legislador, el «espíritu y finalidad» que se ha pretendido dar a la norma, tal como se desprenden de los trabajos parlamentarios, dado el protagonismo inhabitual que la tramitación parlamentaria ha tenido en la configuración de la nueva Ley.

Por otra parte, esa importancia que ha tenido en la configuración de la LCSP la tramitación parlamentaria comporta dificultades adicionales para aplicar interpretaciones sistemáticas o para confiar excesivamente en la exposición de

motivos, que están más cercanas a las líneas y previsiones a que respondía el proyecto de Ley aprobado por el Gobierno.

III.- Ámbito objetivo de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP

Una primera cuestión que conviene aclarar respecto del ámbito de aplicación de la regla de incompatibilidad para la adjudicación sucesiva de contratos menores prevista en el art. 118.3 LCSP es la que se refiere a su ámbito objetivo. Esto es, a qué contratos afecta, que es lo que, en esencia, pregunta el Presidente de la Diputación Provincial de Zaragoza en su solicitud de informe, cuando pide que esta Junta se pronuncie sobre si la limitación introducida para los contratos menores por el artículo 118.3 de la LCSP por razón del contratista debe entenderse con independencia del objeto y características del contrato, de manera que la cifra máxima lo sea respecto a todos los contratos menores suscritos con el contratista durante cada año por el órgano de contratación, o lo es en función del objeto del contrato y características del contrato.

La solicitud de aclaración resulta absolutamente procedente ya que la literalidad del precepto no arroja suficiente claridad para determinar el ámbito de aplicación objetivo de esta regla de incompatibilidad. El precepto 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...»*, sin que pueda deducirse nítidamente a qué contratos menores se refiere.

Esta Junta considera que la regla de incompatibilidad que establece el art. 118.3 debe operar respecto de anteriores contratos menores de la misma tipología que aquél que pretenda adjudicarse de manera sucesiva. Es decir, respectivamente entre los contratos de obras, o de servicios o de suministros anteriormente adjudicados respecto al concreto contrato de obras, o de servicios o de suministros que pretenda adjudicarse.

Puede presumirse que el objetivo de la nueva regulación de los contratos menores es prevenir su utilización para la cobertura de necesidades periódicas o recurrentes, que podrían satisfacerse mediante otros procedimientos de contratación si la necesaria planificación fuese adecuada. Esto está en línea con los pronunciamientos de diversos órganos consultivos o de control externo que, como el Tribunal de Cuentas en su informe núm. 1151/2016, de 27 de abril de 2016, de fiscalización de la contratación menor celebrada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, ejercicio 2013, recalca que no pueden utilizarse los contratos menores para atender necesidades periódicas y previsibles. El carácter recurrente de la necesidad se plasmará en objetos de los contratos idénticos o al menos similares, por lo que tiene pleno sentido que los límites cuantitativos para evitar ese uso abusivo de la contratación menor se apliquen separadamente para cada tipo contractual.

En el mismo sentido va el indicio que cabe extraer del primer inciso del precepto estudiado, en el que se alude a la necesidad de una comprobación inicial de que no exista fraccionamiento del objeto del contrato, ya que en principio el fraccionamiento del objeto operaría entre contratos de la misma tipología. De este modo, la adjudicación previa de un contrato menor de obras por importe superior a 15.000 euros no sería obstáculo para la adjudicación al mismo operador económico de otros contratos de servicios –o de suministros– hasta llegar a sumar esa cantidad. De forma simétrica, el importe de un contrato anterior de servicios o de suministros no debería computar como parte de las cuantías con el límite conjunto de los 40.000 euros establecido en el art. 118.1 LCSP para los contratos menores de obras o, finalmente, de la misma manera que el importe de un contrato de servicios anterior tampoco «consumiría» parte o todo el límite de los 15.000 euros a que, como máximo, pueden ascender los contratos menores de suministros, y viceversa.

No obstante, debe tenerse en cuenta que en el art. 63.4, aunque sea para excluirlos del deber de publicación, como mínimo trimestral, a que se somete a los contratos menores, se considera de forma expresa que entran en la categoría de menores aquellos «contratos cuyo valor estimado fuera inferior a

cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores». Por consiguiente parece claro que a efectos del cómputo del límite cuantitativo anual de los contratos menores deberán computarse aquellos en que el sistema de pago haya sido el de anticipo de caja fija u otro similar.

IV.- Efecto de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP sobre la contratación del acceso a bases de datos y suscripción a publicaciones

En íntima relación con la cuestión del ámbito objetivo de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP, el Presidente de la Diputación Provincial de Zaragoza solicita el parecer de esta Junta Consultiva sobre el sentido que deba darse a la remisión que en la Disposición Adicional Novena de la LCSP se realiza al reiteradamente citado artículo 118 para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones, preguntando si debe entenderse que también en estos casos opera la limitación cuantitativa introducida para los contratos menores por el artículo 118.3 de la LCSP.

La Disposición Adicional Novena de la LCSP establece las mismas «Normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones» que ya se establecía en la disposición con igual numeración del TRLCSP. La única diferencia que se aprecia entre ambas disposiciones adicionales es la aplicación de esas normas en la nueva regulación también a otras contrataciones: si en el TRLCSP esas «normas especiales» se aplicaban a «la suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas», en la nueva LCSP se consideran también aplicables «en la medida en que resulten imprescindibles, a la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente».

En esencia, esas normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones consisten en aplicar a la adjudicación de dichos contratos «las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago». Esa remisión «en bloque» a las normas establecidas en la nueva Ley para los contratos menores hace que las reglas establecidas en el art. 118, incluidas las establecidas en el apartado 3, resulten de aplicación para la adjudicación de contratos que tengan por objeto el acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones. La única prescripción del art. 118 que quedaría desactivada sería la de la propia definición cuantitativa de estos contratos, dado que expresamente se ha establecido que los que tengan por objeto el acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones se tramiten como contratos menores aunque no les correspondiese tal consideración atendiendo a su cuantía (siempre que no tengan la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada).

Además de lo anterior, para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones habrá de tenerse en cuenta la posible existencia de derechos exclusivos relacionados con la propiedad industrial e intelectual de los contenidos de esas publicaciones y bases de datos y, como consecuencia, la imposibilidad de adjudicar esos contratos a operadores económicos distintos de los propietarios de esos derechos. En tales casos podría recurrirse a la utilización del procedimiento negociado sin publicidad si concurre el supuesto previsto en el art. 168.a).2.º LCSP, existiendo una exclusión expresa de la aplicación del límite de contratos en el inciso final del art. 118.3.

En conexión con lo anterior, lo relativo a la duración de los contratos menores está regulado en el art. 29.8 –que reproduce sustancialmente lo establecido con anterioridad en el art. 23.3 TRLCSP– disponiendo que «no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga».

No es ésta una regla «de procedimiento» para la adjudicación de los contratos menores, como se deduce de su ubicación sistemática, en un precepto diferenciado del que establece las reglas de adjudicación. Además está incluido en el Libro I de la Ley, en el Título I dedicado a disposiciones generales, y concretamente en el capítulo I sobre «Racionalidad y consistencia de la contratación del sector público», y no en el Libro segundo, Título I, Capítulo I, Sección 1ª, Subsección 1ª, relativa al «Expediente de contratación», como sucede con el art. 118.

Al no ser una regla «de procedimiento», es difícil entender que pueda resultar de aplicación a los contratos que tienen por objeto la suscripción a revistas y otras publicaciones y el acceso a bases de datos, suscripciones y contrataciones que «podrán efectuarse» de acuerdo con «las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores», como se prevé en la Disposición Adicional novena LCSP. La consecuencia de no ser una norma de procedimiento es que la duración máxima de un año que recoge el art. 23.3 para los contratos menores no resultaría de aplicación para la adjudicación de aquellos a los que se refiere la Disposición Adicional novena LCSP, cuyo objeto es la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones.

V.- Ámbito subjetivo de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP

En el art. 118.3 no se establece expresamente cuál sea su ámbito subjetivo, lo que hace surgir la cuestión de si la regla de incompatibilidad se aplica a las entidades contratantes o bien debe entenderse referida a cada uno de los órganos de contratación que imputan su actuación a una determinada entidad.

Esta Junta se inclina por considerar que la regla de incompatibilidad resulta de aplicación respecto de los órganos de contratación, porque el propio precepto se refiere expresamente a que serán los órganos de contratación los que «comprobarán el cumplimiento» de la regla de incompatibilidad. Por tanto, la adjudicación de contratos menores por parte de un órgano de contratación no

impedirá que otros órganos de contratación de la misma entidad contratante adjudiquen contratos al mismo operador económico, ni «consumirá» el importe al que como máximo pueden ascender los contratos menores cuando se adjudiquen por otros órganos de contratación de la misma entidad.

En este punto debe recordarse lo previsto para los casos de delegación de competencias en el art. 9.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: «Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante». En consecuencia, mediante la delegación de competencias no podrá desactivarse la regla de incompatibilidad, pues el importe conjunto de los contratos menores adjudicados con anterioridad que habrá de comprobarse a efectos verificar el cumplimiento de la incompatibilidad será el correspondiente a los contratos que deban considerarse adjudicados por el órgano delegante en virtud del artículo citado.

VI.- Ámbito temporal de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP

Otra cuestión de gran trascendencia es la referida el período de cómputo a efectos de la incompatibilidad para resultar adjudicatario de nuevos contratos menores que establece el art. 118.3. A dicha cuestión se refiere la consulta cuando solicita aclaración sobre el plazo en el que rige la limitación de contratación con el mismo empresario, además de sobre la duración que deben tener los contratos del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones a que se refiere la Disposición Adicional Novena LCSP.

También en este aspecto la regla incluida en el art. 118.3 LCSP dista de ser clara, exigiendo nuevamente una considerable labor interpretativa. El tenor literal del precepto no permite por sí mismo resolver la cuestión, ya que en su redacción definitiva no contiene referencia temporal alguna, lo que en sus términos literales llevaría a consecuencias absurdas. La regla de incompatibilidad contenida en el art. 118.3 tiene como una de sus finalidades

principales evitar el fraccionamiento del contrato, para lo cual no es necesaria una duración indefinida, que resultaría disfuncional y desproporcionada. Además, una duración ilimitada de este supuesto de incompatibilidad resultaría incongruente con otras previsiones contenidas en la Ley, tanto sobre la propia duración máxima del contrato menor como sobre el cálculo del valor estimado de determinados contratos.

Otros criterio para determinar la duración de la incompatibilidad podría conectar ésta con la duración máxima de los contratos menores, prevista en el art. 29.8, en el que se establece que «no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga». Aunque tal previsión no es una regla «de procedimiento» para la adjudicación de los contratos menores, podría tomarse como un indicio de la probable intención del legislador para el cómputo del umbral cuantitativo de la regla de incompatibilidad. A un período idéntico, aunque expresado en meses, conduciría la referencia que recoge el art. 101.10, a) de la LCSP, en el que se establece que a efectos del cálculo del valor estimado de los contratos de suministro o de servicios que tengan un «carácter de periodicidad» o que deben renovarse en un período de tiempo determinado se tomará como base el «valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos». No obstante, este criterio solo está previsto para los contratos de servicios y suministros, no para los de obras, que tengan un carácter periódico, cuando el contrato menor no puede utilizarse para atender necesidades periódicas, por lo que, el criterio señalado no resulta concluyente.

A juicio de esta Junta, en cuanto al periodo sobre el que debe aplicarse, el criterio de la anualidad presupuestaria conecta directamente tanto con la necesaria planificación contractual, que debe servir para determinar a priori si la contratación menor va servir para cubrir adecuadamente las necesidades previsibles, como con los controles financieros que realiza la Intervención. Por otra parte, los trabajos parlamentarios y los antecedentes legislativos apuntan en esa misma dirección.

En este sentido, como ya hemos indicado, la adición de un apartado 3 al art. 118 del Proyecto de Ley presentado por el Gobierno trae causa de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados. En la enmienda en cuestión –la núm. 583, de adición- se proponía la introducción de un nuevo apartado 3 en el art. 118 con la siguiente redacción:

«En el expediente se garantizará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y el contratista no haya suscrito más contratos menores *en la misma anualidad*, lo que comprobará el responsable del contrato».

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 art. 118.3 LCSP.

En el mismo sentido, es un concepto muy similar al que se utiliza en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, que en su art. 73.6 establece: «Ninguna empresa o profesional podrán ser adjudicatarios dentro de la misma administración contratante y durante un mismo *ejercicio presupuestario* de un número de contratos adjudicados mediante factura o factura con reserva de crédito cuya cuantía acumulada sea superior a 80.000 euros, IVA excluido, en obras, y 30.000 euros, IVA excluido, en el resto de contratos».

A la vista de estos antecedentes, esta Junta interpreta que la incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el art. 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.

VII.- El principio de concurrencia y la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP

Otra de las cuestiones que se plantea en la consulta remitida atiende a los posibles efectos que la introducción de trámites de promueven la concurrencia entre operadores económicos puede tener sobre la incompatibilidad para la adjudicación sucesiva de contratos menores a que se refiere el art. 118.3 LCSP.

Como antes ya advertimos, la tramitación de un contrato menor exige necesariamente informe de necesidad, aprobación del gasto e incorporación de la correspondiente factura. No es necesario publicitar la licitación ni promover la concurrencia, aunque nada lo impide, hasta el punto de que muchas administraciones públicas incluyen en las bases de ejecución de sus presupuestos, bien la publicidad de la licitación de contratos menores, o bien la consulta a tres o más empresarios con carácter previo a la adjudicación, en la línea de lo que establece el art. 4 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón.

En el art. 118.3 LCSP nada se dice respecto de su aplicación a aquellos contratos menores cuya adjudicación no ha sido directa, sino consecuencia de una licitación con publicidad o con concurrencia. Lo lógico habría sido haberlo previsto, puesto que la finalidad con que se establece la regla de incompatibilidad incluida en el art. 118.3 que va más allá de la «mejora técnica» (como justificaba el grupo parlamentario que introdujo la enmienda de la que trae causa el art. 118.3), situándose en una estrategia para reducir la contratación directa a situaciones extraordinarias. En este sentido, la regla del 118.3 se uniría a esa estrategia de la que forman parte también otras medidas que tienen esa misma finalidad, como la creación del procedimiento abierto simplificado, tal y como manifiesta la propia Exposición de Motivos de la LCSP.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, como ya ha sido señalado en este informe, la verdadera naturaleza del contrato menor es la de un «procedimiento de adjudicación», definido por unos límites cuantitativos que en el TRLCSP se recogían en el art. 138.3, ubicado sistemáticamente en sede de procedimientos de adjudicación, lo que se mantiene en la LCSP, en la que el art. 118, relativo al «expediente de contratación de los contratos menores» se ubica en el ámbito de la regulación de la «preparación de los contratos de las Administraciones Públicas».

Desde una interpretación teleológica restrictiva, podría quizá defenderse que la incompatibilidad a la que se refiere el art. 118.3 LCSP únicamente debería operar en supuestos de adjudicación directa en los que no haya habido publicidad ni concurrencia. No obstante, no parece haber sido éste el criterio del legislador.

También en este caso deben tenerse en cuenta los trabajos parlamentarios: la introducción en la LCSP del procedimiento abierto simplificado «sumario» es producto de la Enmienda núm. 125, enmienda de adición presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, de la que ha resultado el art. 159.6 LCSP en términos casi idénticos a los propuestos. En la justificación de esta enmienda se alude a que sería «ineludible prever un *procedimiento con publicidad y concurrencia que vehicule los contratos menores* y los suprimidos procedimientos negociados sin publicidad que se han comportado como canales de tramitación ágil de la contratación pública con un valor económico no muy significativo si bien no respetando la publicidad y la concurrencia abiertas». Se añade seguidamente que «la articulación de un procedimiento abierto simplificado y "sumario", para estas franjas de valor de la contratación que se proponen, puede representar un salto de eficiencia en la contratación, *sustituyendo todos los ajustes a los contratos menores que se están realizando desde las administraciones públicas exigiendo en el contrato menor un mínimo de proposiciones presentadas*. Téngase en cuenta que muchos ayuntamientos ya han derivado su contratación menor a portales de licitación electrónica en los que se

garantiza una concurrencia abierta con publicidad y se potencia el proveedor local si bien esta "reconversión" de la contratación directa tiene escaso soporte normativo».

En consecuencia, queda claramente expresada la voluntad del legislador plasmada por la mayoría en el Congreso de los Diputados en la aceptación –si bien parcial- de la Enmienda núm. 102 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, en la que se propugnaba la restricción de las cuantías del valor estimado permitido para los contratos menores (lo que se ha plasmado en una reducción de los umbrales, si bien no tan drástica como la que se propugnaba en la enmienda), y de la Enmienda núm. 125, del mismo Grupo parlamentario, en que se introduce un «procedimiento abierto simplificado sumario», precisamente para vehicular los procedimientos de contratación cuando se hayan excedido los límites del contrato menor. Esa voluntad del legislador, nítidamente expresada, es que cuando se excedan los límites establecidos para el contrato menor –que, como ya se ha señalado, es un procedimiento contractual-, deberá acudir al procedimiento abierto simplificado, habiéndose articulado un procedimiento abierto «sumario» para facilitar esta exigencia, utilizable en los contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000 euros, y en contratos de suministros y de servicios de valor estimado inferior a 35.000 euros, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, sin restricción alguna respecto al número de veces en que dichos procedimientos pueden ser utilizados en cada ejercicio presupuestario. El anuncio de licitación del contrato únicamente precisará de publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, con unos plazos mínimos de presentación de ofertas de cinco o diez días hábiles según los casos, con exención expresa a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional y sin requisitos procedimentales adicionales, hasta el punto de que la formalización del contrato podrá efectuarse mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación. En la medida en que tales elementos mínimos sean seguidos en la licitación y adjudicación de los contratos, no resultarán

aplicables las restricciones establecidas para el contrato menor, específicamente la limitación de los contratos –o mejor, de su cuantía acumulada- a un determinado empresario.

Es decir, que el dar publicidad al contrato menor garantiza una mayor transparencia, pero no puede servir por sí mismo para alterar un régimen jurídico claramente establecido en la Ley, lo que supondría de facto la creación un procedimiento nuevo, no regulado en la Ley, con el fin de sortear la limitación establecida en el art. 118.3 LCSP. Para evitar los límites cumulativos que el legislador ha establecido para los contratos menores nada impide utilizar cualquiera de los procedimientos sí establecidos legalmente, tal como el abierto ordinario, el abierto simplificado –en su modalidad más general o en la que en los trabajos parlamentarios se denomina sumaria-, con independencia de que la cuantía del valor estimado en sí misma permitiera su tramitación como contrato menor. En conclusión, la aplicación de mecanismos de publicidad y fomento de la competencia a los contratos menores, no sólo es lícita, sino que puede ser recomendable, pero no es en sí misma suficiente para evitar la aplicación de los límites contenidos en el art. 118.3 LCSP. Para ello será necesario que, como mínimo, se cumplan los requisitos del procedimiento abierto simplificado sumario.

VIII.- La contratación con un empresario determinado y la regla de incompatibilidad del art. 118.3 LCSP

En último lugar, el Presidente de la Diputación Provincial de Zaragoza plantea en su consulta la cuestión de cómo debe actuarse en los supuestos, especialmente en los pequeños municipios, en que únicamente pueda ser adjudicatario del contrato un empresario con el que ya se ha contratado y, por tanto, no se pueda contratar sin superar el límite legal.

La circunstancia de haber resultado adjudicatario con anterioridad de contratos menores que superen los 40.000 euros en el caso de contratos de obras, o los 15.000 euros en el caso de contratos de servicios o suministros, no parece que

pueda considerarse, *a priori*, como una «razón técnica» de aquéllas a que se refiere el art. 168, a), 2º LCSP para habilitar la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, superando así la incompatibilidad a que se refiere el art. 118.3 LCSP. No obstante, puede haber casos en los que sí que concurra alguna de esas razones técnicas previstas en el art. 168, a), 2º LCSP, correspondiendo en tal caso su justificación al órgano de contratación para habilitar la adjudicación del contrato a un operador económico determinado.

III. CONCLUSIONES.

- I. La regla de incompatibilidad que establece el art. 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.
- II. Las normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones consisten, en esencia, en aplicar para la adjudicación de dichos contratos las normas de procedimiento establecidas en la LCSP para los contratos menores, con las salvedades indicadas.
- III. La regla de incompatibilidad prevista en el art. 118.3 LCSP resulta de aplicación respecto a cada uno de los órganos de contratación, no respecto a la entidad respecto a la que varios de tales órganos puedan imputar sus actuaciones.
- IV. La incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el art. 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.

- V. La incompatibilidad contenida en el art. 118.3 LCSP parte de la consideración de la contratación menor como un procedimiento contractual que permite la adjudicación directa. Sin embargo no bastará con cualquier publicidad o promoción de la concurrencia –en sí recomendables con carácter general- para sortear los límites establecidos para los contratos menores. La previsión legal de un procedimiento abreviado abierto sumario se hizo expresamente para canalizar contratos que en muchos casos pueden tramitarse por uno u otro procedimiento, como alternativa al contrato menor. En consecuencia, es la aplicación de un procedimiento que cumpla con los requerimientos establecidos por el legislador para el procedimiento abierto abreviado sumario, u otro con mayores garantías de publicidad y concurrencia, lo que evitará la aplicación de los límites cumulativos del art. 118.

Informe 3/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 13 de febrero de 2018.

EL PRESIDENTE

P.S. EL PRESIDENTE SUPLENTE
*(Orden de 17 de agosto de 2015 del
Consejero de Hacienda y Administración Pública)*

Miguel Ángel Bernal Blay