

Los contratos menores en la interpretación de la oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

El Boletín Oficial del Estado de 7 de marzo de 2019 publicó la Resolución del día anterior, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, por la que se publica la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores. Esta instrucción ha venido a solventar muchas de las dudas que ha suscitado la aplicación del artículo 118.3 de la Ley 9/2018, uno de los preceptos de más difícil aplicación por razón de la indefinición de su contenido en varios aspectos.

Entre los órganos consultivos que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) regula, la **Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación** (artículo 331) tiene atribuida la facultad de aprobar instrucciones fijando las pautas de **interpretación y de aplicación** de la legislación de la contratación pública, que tendrán carácter obligatorio¹, así como **elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación**, si de la supervisión desplegada se dedujese la conveniencia de solventar algún problema, obstáculo o circunstancia relevante a los efectos de dar satisfacción a los fines justificadores de la creación de la Oficina.

¹ El artículo 332.7 apartado d) in fine añade que *“sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, las instrucciones de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación serán obligatorias para todos los órganos de contratación del Sector público del Estado”*.

En ejercicio de estas facultades se ha dictado la Instrucción 1/2019, que ha venido a arrojar luz sobre la redacción del apartado 3 del artículo 118 de la LCSP, cuyo tenor es el 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 artículo². El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.³”

La falta de claridad de que adolece la redacción del precepto ha dificultado su aplicación uniforme no sólo por las dificultades que enfrenta su interpretación, sino también por los distintos pronunciamientos de las Juntas Consultivas de Contratación al respecto. Como la propia Instrucción reconoce, la interpretación del artículo 118.3 plantea dificultades de interpretación en torno a tres cuestiones:

1. Si la limitación de adjudicaciones a un mismo empresario lo es por tipo de contrato o por objeto contractual.
2. Si esa limitación lo es por tiempo indefinido o temporalmente.
3. Ámbito subjetivo de aplicación.

Para su entendimiento la Instrucción 1/2019 señala una serie de premisas:

- La razón de los contratos menores radica en el propósito de dotar de agilidad la contratación y cubrir de forma inmediata necesidades de escasa cuantía, lo que tradicionalmente conlleva el **no sometimiento** a muchos de los principios generales de la contratación.
- No es posible eludir las normas de publicidad y concurrencia con la limitación del objeto contractual a través de su fraccionamiento⁴, por lo que ha de estarse a la finalidad técnica y económica a que responde la licitación, debiendo valorarse cada supuesto, de manera que si el objeto del contrato es único y se divide en diversos expedientes habrá fraccionamiento indebido. No hay fraccionamiento cuando el objeto de lo contratado por separado tenga una Unidad funcional técnica y económica.

² 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.

³ Los contratos en los que las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las razones que contempla el precepto.

⁴ Resolución 571/2016, de 15 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y más recientemente la Resolución 327/2018, de 22 de noviembre, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía, citando ambas la sentencia de 5 de octubre de 2000, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –en el asunto C-16/1998–

- La nueva regulación del contrato menor conserva todas las reglas existentes en la normativa precedente: limitación económica, plazo máximo de duración y la imposibilidad de ser prorrogado.

Sentado lo anterior, aborda la Instrucción el análisis del artículo 118.3 diferenciando seis apartados diversos:

I. **Ámbito objetivo** de las limitaciones establecidas en el artículo 118.3 LCSP.

Señala la instrucción que **la necesidad de justificar la no alteración del objeto del contrato**, remite a la obligación establecida con carácter general consistente de **no fraccionamiento del objeto del contrato**, debiendo justificarse adecuadamente, en su caso, que el objeto contractual es cualitativamente distinto al de otros que hayan sido perfeccionados anteriormente con el mismo operador económico, o bien que no constituyen Unidad funcional⁵.

Por otro lado, y de acuerdo a los principios de publicidad y concurrencia que recoge la LCSP, el órgano de contratación puede acordar la celebración de contratos de cuantía inferior con sujeción a procedimientos abiertos, abiertos simplificados y su variante establecida en el artículo 159.6 de la LCSP, siguiendo las siguientes directrices:

1. La justificación de su necesidad y causa de su falta de planificación⁶.
2. El valor estimado de la contratación menor, en ningún caso podrá superar los límites establecidos en el artículo 118.1 de la LCSP, calculado conforme a las reglas indicadas en el artículo 101 de la misma norma.
3. Debe justificarse la ausencia de fraccionamiento del objeto de contrato⁷.

II. **El principio de competencia en el contrato menor. La justificación de la adjudicación directa**

En cumplimiento del principio de competencia, y como medida anti fraude y de lucha contra la corrupción, el órgano de contratación solicitará, al menos, tres presupuestos, debiendo quedar ello suficientemente acreditado en el expediente⁸.

⁵ En estos supuestos, no operarán los límites cuantitativos indicados en el artículo 118.3 de la LCSP.

⁶ Por lo que no podrán ser objeto de un contrato menor prestaciones que tengan carácter recurrente, de forma que, año tras año, respondan a una misma necesidad para la entidad contratante, de modo que pueda planificarse su contratación y hacerse por los procedimientos ordinarios.

⁷ Es decir, debe justificarse que no se han separado las prestaciones que forman la «Unidad funcional» del objeto del contrato con el único fin de eludir las normas de publicidad en materia de contratación. El criterio relativo a la «Unidad funcional» para distinguir si existe fraccionamiento en un contrato menor estriba en si se pueden separar las prestaciones que integran el citado contrato; y en el caso de que se separen, si las prestaciones cumplen una función económica o técnica por sí solas.

⁸ Si las empresas a las que se les hubiera solicitado presupuesto declinasen la oferta o no respondiesen al requerimiento del órgano de contratación, no será necesario solicitar más presupuestos.

Las ofertas recibidas, así como la justificación de la seleccionada formarán, en todo caso, parte del expediente. De no ser posible lo anterior, deberá incorporarse en el expediente justificación motivada de tal extremo.

III. El expediente del contrato menor

El expediente deberá incorporar la siguiente documentación, que en aras de la simplificación administrativa podrán unificarse en un solo documento:

1. Informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato⁹.
2. La justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar los principios de la contratación pública, así como que el contratista no se encuentra en el supuesto previsto en el artículo 118.3 LCSP, de acuerdo con los parámetros establecidos en el epígrafe I.
3. Acreditación de la existencia de crédito y documento de aprobación del gasto con carácter previo a su ejecución, incorporándose posteriormente la factura o facturas que se deriven del cumplimiento del contrato.
4. Justificación de la solicitud de tres ofertas¹⁰, así como de la mejor relación calidad-precio para los intereses de la Administración de la seleccionada. De no ser posible lo anterior, la justificación motivada de tal extremo.

IV. Ámbito temporal de las limitaciones establecidas en el artículo 118.3 LCSP

La limitación temporal se ha de referir al ejercicio presupuestario. La anualidad presupuestaria conecta directamente con la necesaria programación de la contratación pública a desarrollar en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales, como establece el artículo 28 de la LCSP.

⁹ El citado informe debe incluir, al menos, los siguientes extremos: el órgano de contratación competente, el objeto del contrato, la justificación de la necesidad, incluida la justificación del procedimiento elegido, en el caso del contrato menor de obras, el presupuesto de obras de la Administración, o, en su caso, proyecto correspondiente y/o informe de la oficina de supervisión de proyectos cuando proceda, los datos identificativos del adjudicatario así como la justificación de su elección, la aplicación presupuestaria a la que se imputa el gasto, así como el ejercicio presupuestario (o los ejercicios presupuestarios en el caso de que fuese un gasto plurianual) y la forma de certificación de la prestación o su recepción, y la forma de pago del mismo.

¹⁰ La referencia a la solicitud de tres presupuestos que se indica en la Instrucción, ha de interpretarse, según señaló la propia Oficina en una aclaración que publicó días después de la publicación de aquélla, en el sentido de que la misma satisface el principio de competencia; siendo siempre posible justificar motivadamente la no procedencia de tal petición de ofertas cuando dicho trámite no contribuya al fomento del principio de competencia, o bien, dificulte, impida o suponga un obstáculo para cubrir de forma inmediata las necesidades que en cada caso motiven el contrato menor. Añade la Oficina en la aclaración referida que en todo caso, la solicitud de tres ofertas se entenderá cumplida con la publicidad de la licitación, si así lo decide el Órgano de Contratación.

V. La publicidad de los contratos menores

La obligación de publicidad de los contratos menores se establece en el artículo 63.4 de la LCSP, salvo para aquellos inferiores a los 5.000 euros y abonados por sistema de anticipo de caja fija u otro sistema similar para hacer pagos inferiores, y será, al menos, trimestral, siendo este plazo una obligación para el órgano de contratación, no un plazo de publicación individualizado por cada contrato¹¹.

VI. Ámbito subjetivo

Por último, la Instrucción aclara que la referencia al órgano de contratación contenida en el artículo 118 LCSP debe entenderse referida a aquellos órganos que ejercen las facultades del órgano de contratación, bien como titulares de la competencia, bien por delegación o por desconcentración, siempre que tengan autonomía y responsabilidad suficientes para adjudicar los contratos y lo hagan con cargo al presupuesto del que disponen o tienen asignado en exclusiva, siendo, por tanto, sobre quienes debe recaer la obligación de comprobar que en su Unidad funcional o en la entidad de la que son responsables no se adjudican directamente a un mismo contratista contratos menores cuyo valor estimado acumulado incurra en las necesidades de justificación establecidas en el artículo 118.3 de la LCSP.

¹¹ Por lo tanto, los órganos de contratación deberán publicar trimestralmente todos los contratos menores que hayan adjudicado en ese período, es decir, aquellos respecto a los que existe compromiso del gasto y comunicación de la adjudicación al contratista, y ello con independencia de que no esté aun incorporada la factura al expediente debiéndose indicar, al menos, el objeto, la duración, el importe de adjudicación incluido el IVA, la identidad del adjudicatario, debiendo ordenarse los contratos por la identidad del adjudicatario.