



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 30 de juliol de 2009

Informe 1/09, de 30 de juliol de 2009. Fraccionament de l'objecte d'un contracte. Contractacions successives de prestacions anàlogues o similars

Antecedents

1. La secretària general de la Conselleria de Medi Ambient ha formulat la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

De conformitat amb el que estableix l'article 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de Contractistes; i d'acord amb els articles 15 i 16 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, vos sol·licit informe sobre el possible fraccionament de l'objecte del contracte esmentat en l'assumpte, segons el que disposa l'article 74.2 de la Llei 30/2007 de contractes del sector públic.

Antecedents

1. El 29 de gener del 2009 el conseller de Medi Ambient va resoldre iniciar l'expedient de contractació esmentat contracte de servei per a una consultoria ambiental juridicoadministrativa a la Direcció General de Qualitat Ambiental de la Conselleria de Medi Ambient per un import total de 69.600,00 euros (amb l'IVA inclòs).
2. L'objecte del contracte és formar part com a advocat d'un equip pluridisciplinar contractat per la Conselleria de Medi Ambient per promoure i assessorar tècnicament sobre temes jurídics i tècnics de desplegament de disposicions i normativa relativa a l'Agenda Local 21, els sistemes de gestió mediambiental, contaminació acústica, com també redactar i tramitar totes les disposicions normatives que se'n derivin.



3. El 19 de febrer del 2009 la Intervenció Delegada va emetre sobre aquest expedient un informe de disconformitat.
4. El 6 de marzo del 2009 se invitó a C.B.F., M.F.M., J.A.A.V. y A.B.F. a participar en el procedimiento negociado sin publicidad para contratar la prestación del objeto del contrato de referencia.
5. El 25 de març del 2009 el responsable del contracte va emetre un informe sobre la negociació duita a terme i va establir l'ordre de prioritat de les ofertes presentades.
6. El 31 de març del 2009 es va constituir la Mesa de Contractació per examinar la documentació administrativa i les proposicions econòmiques de les empreses presentades a la negociació. La Mesa va acordar sol·licitar a la Junta Consultiva de Contractació un informe sobre el possible fraccionament de l'objecte del contracte.

Vos adjuntam la documentació següent:

- Còpia dels plecs de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques.
- Còpia dels informes de fiscalització prèvia de 19 de febrer i 2 de març del 2009.
- Còpia dels informes del responsable del contracte de 25 de març i d'1 d'abril de 2009.
- Còpia de l'informe del Servei Jurídic de 24 d'abril del 2009.

La secretària general de la Conselleria de Medi Ambient està legitimada per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació, de conformitat amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva, i l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997. A l'escrit s'adjunta un informe jurídic emès pels Serveis Jurídics de la Conselleria de Medi Ambient, d'acord amb l'article 16.3 del Reglament. Per tant, es tenen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta planteja una única qüestió relacionada amb el possible fraccionament de l'objecte del contracte de servei per a una



consultoria ambiental juridicoadministrativa a la Direcció General de Qualitat Ambiental de la Conselleria de Medi Ambient.

Les dades que s'esmenten en la consulta no permeten determinar si s'ha produït un fraccionament de l'objecte del contracte, ja que no s'aporta cap antecedent relatiu a aquesta contractació i, per tant, la consulta en si mateixa no permet arribar a cap conclusió. No obstant això, de l'informe jurídic que s'adjunta a la sol·licitud d'informe a aquesta Junta Consultiva s'infereix que el dubte sorgeix pel fet que des de 2005 fins a 2008 s'han pagat factures de despeses inferiors a 3.000 euros i s'han adjudicat diversos contractes menors i negociats sense publicitat amb objectes anàlegs a l'objecte del contracte indicat en el text de la consulta a la mateixa persona que es proposa ara com a adjudicatària d'aquest contracte de servei.

D'acord amb aquest informe jurídic, aquestes contractacions s'han fet amb càrrec al projecte d'inversió immaterial "Agendas 21-Sostenibilidad", la memòria del qual data de 21 de febrer de 2001, amb l'objecte de promoure entre els ajuntaments de les Illes Balears la creació i posada en funcionament d'aquest instrument de gestió. Quant al personal que ha d'executar el projecte, la memòria manifesta que "no es disposa a la Conselleria de tècnics en aquestes matèries amb disponibilitat en temps complet, serà necessari procedir a la contractació d'aquells tècnics o empreses que puguin donar solució als problemes que planteja l'elaboració de les Agendes Locals 21. Aquestes contractacions es faran mitjançant el sistema d'assistència tècnica o contractació laboral segons les disposicions del Govern".

Segons indica l'informe jurídic, el termini d'execució inicial del projecte era des de l'any 2001 fins, almenys, el 2003. Aquest termini ha estat ampliat en dues ocasions: la primera fins al 31 de desembre de 2007, i, la segona, fins al 31 de desembre de 2009.

Amb caràcter previ, s'ha d'assenyalar que els informes de la Junta Consultiva no poden substituir, en cap cas, els informes preceptius dels serveis jurídics corresponents ni poden pronunciar-se, amb caràcter general, per resoldre qüestions concretes d'un expedient, sinó que han d'interpretar la normativa de contractació pública en els aspectes que presentin algun dubte o alguna contradicció, i sempre des de la perspectiva que aquestes interpretacions puguin ser d'interès



general.

2. La Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP), regula l'objecte del contracte en l'article 74, i disposa que:

1. L'objecte dels contractes del sector públic ha de ser determinat.

2. No es pot fraccionar un contracte amb la finalitat de disminuir-ne la quantia i eludir així els requisits de publicitat o els relatius al procediment d'adjudicació que corresponguin.

3. Quan l'objecte del contracte admeti fraccionament i es justifiqui degudament en l'expedient, es pot preveure la realització independent de cadascuna de les parts mitjançant la divisió en lots, sempre que aquests siguin susceptibles d'utilització o aprofitament separat i constitueixin una unitat funcional, o ho exigeixi la naturalesa de l'objecte.

També es poden contractar de manera separada prestacions diferenciades dirigides a integrar-se en una obra, tal com aquesta es defineix a l'article 6, quan aquestes prestacions gaudeixin d'una substantivitat pròpia que permeti una execució separada, perquè les han de dur a terme empreses que disposin d'una determinada habilitació.

En els casos previstos en els paràgrafs anteriors, les normes procedimentals i de publicitat que s'han d'aplicar en l'adjudicació de cada lot o prestació diferenciada es determinen en funció del valor acumulat del conjunt, llevat del que disposen els articles 14.2, 15.2 i 16.2.

Aquest article regula el fraccionament de l'objecte del contracte en termes pràcticament idèntics als paràgrafs 2 i 3 de l'article 68 del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny (en endavant, TRLCAP).

Ambdós articles prohibeixen el fraccionament quan tengui com a finalitat disminuir-ne la quantia i eludir, així, els requisits de publicitat i el procediment d'adjudicació que correspongui. L'article 68 del TRLCAP feia referència també a l'elusió de la forma d'adjudicació, però l'article 74 de la LCSP no en fa menció, atès que aquesta Llei abandona la tradicional distinció de la legislació espanyola de contractes entre "procediments" i "formes d'adjudicació" i, seguint el dret comunitari, la regulació de l'adjudicació dels contractes s'estructura, únicament, sobre els procediments.



Atès que l'objecte del contracte ha de ser determinat i que, d'acord amb l'article 93.2 de la LCSP, l'expedient s'ha de referir a la totalitat de l'objecte del contracte, sens perjudici del que preveu l'apartat 3 de l'article 74 sobre l'eventual divisió en lots, es pot deduir que la LCSP només permet el fraccionament de l'objecte del contracte mitjançant la divisió en lots en els casos següents:

- Quan les parts de l'objecte del contracte siguin susceptibles d'utilització o aprofitament separat i constitueixin una unitat funcional.
- Quan ho exigeixi la naturalesa de l'objecte.
- Quan s'hagin de contractar de manera separada prestacions diferenciades dirigides a integrar-se en una obra, quan aquestes prestacions gaudeixin d'una substantivitat pròpia que permeti una execució separada, perquè les hagin de dur a terme empreses que disposin d'una determinada habilitació.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Economia i Hisenda ha analitzat l'article 74 de la LCSP en l'Informe 69/08, de 31 de març de 2009. Pel que fa a la interpretació de l'apartat 2, manifesta que:

2. Ciñéndonos a la cuestión planteada, habrá de indicarse en primer lugar que la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público está dirigida fundamentalmente a evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato. Así, el artículo 74.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de forma explícita establece que “no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan”.

Ello significa que la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza sino impedir el fraude de ley tendente a evitar la aplicación de los preceptos que regulan los procedimientos abierto o negociado o las exigencias de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea. Por ello, no debe interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque



sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no sólo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma independiente.

Es decir el primer requisito que debe cumplirse para que pueda hablarse de fraccionamiento del contrato es que exista una unidad operativa o sustancial entre las diferentes prestaciones (o partes de prestaciones). (...)

Cal assenyalar també la importància del fet que es pot parlar de fraccionament quan raonablement es pugui preveure que la prestació objecte del contracte s'ha de mantenir durant un determinat període que excedeix del termini d'execució o de la durada màxims prevists a l'inici de la contractació.

Quant a la possibilitat que preveu l'apartat 3 de l'article 74 de fraccionar el contracte i dividir-lo en lots, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa manifesta que:

Este artículo [en referència a l'article 74.3 de la LCSP] resulta especialmente revelador pues admite que el objeto de un contrato pueda fraccionarse y dividirse en lotes las diferentes partes de la prestación siempre que sean susceptibles de utilización o aprovechamiento por separado y constituyan por sí solas una unidad funcional. Quiere decir esto que si se admite la posibilidad de que partes de una prestación puedan ser tratadas separadamente, desde el punto de vista contractual, cuando cumplan los dos requisitos mencionados, con mucha más razón deberá admitirse que sean objeto de contratación por separado dos prestaciones que ni siquiera forman por sí mismas una unidad.

2. El apartado 3 del artículo mencionado, según hemos visto, hace referencia a otro supuesto en que la contratación por lotes estaría permitida: el supuesto en que "lo exija la naturaleza del contrato", que deberá interpretarse en el sentido de que cuando de las propias cláusulas del contrato o de la finalidad que se pretende conseguir con él lo exijan las prestaciones deberán contratarse por separado.

En definitiva, no es poden contractar de manera separada, mitjançant expedients independents, les prestacions que per raó de la seva naturalesa s'hagin d'integrar en un únic objecte o que, considerades conjuntament, formin una unitat funcional. Fer-ho pot implicar eludir



els requisits de publicitat i els relatius al procediment d'adjudicació que correspongui, a més de dificultar o impossibilitar la lliure concurrència, en el cas, per exemple, de fraccionament de l'objecte d'un contracte en diferents contractes menors o negociats sense publicitat.

A continuació, la Junta Consultiva indica que:

3. La idea fundamental, así pues, que debe regir la posibilidad o no de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí deberá ser la idea de si constituyen una unidad operativa o funcional, es decir si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato.

Fuera de estos casos la contratación por separado de prestaciones que puedan guardar alguna relación entre sí no deberá ser considerada como fraccionamiento del contrato, como tampoco deberá considerarse vetado por la Ley el fraccionamiento del objeto del contrato en todos aquellos casos en que no origine alteración de las normas relativas a los procedimientos de adjudicación que deben aplicarse ni a las normas de publicidad.

3. La contractació successiva de la mateixa prestació o de prestacions similars o anàlogues, en especial quan són prestacions consistents en l'assessorament jurídic d'un òrgan administratiu, que revelen una necessitat del servei continuada en el temps, sense solució de continuïtat, com en el cas que se sotmet a consulta, pot ser un indicatiu que l'òrgan de contractació ha externalitzat una funció reservada al personal funcionari de carrera de conformitat amb les normes que regulen la funció pública.

Cal recordar que no es pot utilitzar la contractació administrativa per evitar l'aplicació de les normes que regulen la contractació de personal laboral o funcionari.

Així, si les prestacions objecte del contracte corresponen a necessitats permanents de l'Administració reservades a personal funcionari, s'hauria de modificar la relació de llocs de feina i seguir el procediment que a aquests efectes estableix la normativa de funció



pública. En altre cas, s'hauria de dur a terme la contractació del personal laboral o el nomenament del personal funcionari interí d'acord amb els procediments que corresponguin en cada cas.

Conclusions

1. La LCSP prohibeix el fraccionament de l'objecte del contracte amb la finalitat de disminuir-ne la quantia i eludir així els requisits de publicitat o els relatius al procediment d'adjudicació que corresponguin.
2. Hi ha fraccionament de l'objecte del contracte quan es contracten de manera separada, mitjançant expedients independents, prestacions que per raó de la seva naturalesa s'haurien d'integrar en un únic objecte o que, considerades conjuntament, formen una unitat funcional, sense perjudici de la possibilitat de dividir el contracte en lots de conformitat amb l'article 74.3 de la LCSP.
3. Sense perjudici del que s'indica en la consideració jurídica tercera *in fine*, cal afirmar que per determinar si en el cas a què es refereix la consulta hi ha fraccionament de l'objecte del contracte, la Secretaria general de la Conselleria de Medi Ambient ha de tenir en compte les consideracions que s'han fet en aquest Informe, especialment pel que fa a l'anàlisi de tipus de necessitat que el contracte ha de satisfer.