

CONSULTA 3/2019.

INFORME DE LA I.G.A.C.

Se resuelve consulta planteada por la Secretaria General de Sanidad sobre la correcta interpretación de la Instrucción conjunta de la Intervención General y la Dirección General del Servicio Jurídico sobre contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Se ha recibido en esta Intervención General **CONSULTA 3/2019 PLANTEADA POR LA SECRETARIA GENERAL DE SANIDAD SOBRE LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN CONJUNTA DE LA INTERVENCIÓN GENERAL Y LA DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO JURÍDICO SOBRE CONTRATOS MENORES EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.**

Por parte de esta Intervención General se ponen de manifiesto las siguientes:

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- En el escrito de consulta se pone manifiesto lo siguiente:

"[...] La Instrucción Conjunta de la Intervención General y la Dirección General del Servicio Jurídico sobre contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, de mayo de 2018, en su punto tercero, relativo a la documentación a incorporar en los expedientes de contratos menores señala que se entiende que existe fraccionamiento del gasto "Cuando con el contrato menor se pretendan atender necesidades periódicas, conocidas y previsibles atendiendo a los principios de programación y buena gestión, a través de una prestación determinada de carácter o naturaleza unitarios, perfectamente definida, cuyas características esenciales no puedan variar de manera sustancial, que tiene que llevarse a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo aun cuando la cuantía de las prestaciones anuales no supere los umbrales del art. 118 LCSP, puesto que limitar el importe de un contrato administrativo al importe de una anualidad supondría un fraccionamiento del contrato".

La Consejería de Sanidad, dentro de sus necesidades periódicas y conocidas, tiene la necesidad de realizar varios contratos de suministro inferiores a 15.000 € anuales, que se mantienen a lo largo de los años, pero en los que no es posible establecer la cantidad exacta de cada uno de los productos a

suministrar. A título de ejemplo, y con el fin de clarificar el supuesto, se va a hacer referencia a tres contratos:

1. Suministro de gases para el Laboratorio de Salud Pública. Se precisa adquirir diferentes tipos de gases (nitrógeno, argón, helio, acetileno, gas comprimido). Se sabe año tras año que estos gases son necesarios, pero no se sabe exactamente cuántos litros de cada gas van a necesitarse. El importe nunca ha superado el límite de los contratos menores, si bien suele acercarse (13.000 o 14.000) El suministrador de todos los gases es el mismo y se repite a lo largo de los años ya que es el único interesado en este suministro.

2. Suministro de diferentes productos para el Laboratorio: medios de cultivo, reactivos de varios tipos (hay multitud, por ejemplo agua oxigenada, azul de metileno, óxido nítrico, acetonitrilo), patrones para muestras, etc, etc.

Parte del trabajo del laboratorio está previamente planificado pero gran parte depende de las alertas alimentarias, intoxicaciones, inspecciones, contaminaciones en aguas de consumo o aguas de playa. El supuesto es similar al caso 1: se sabe que se van a necesitar estos productos a lo largo de los años, pero no se sabe exactamente qué cantidad de cada producto es necesaria. Hay dos o tres proveedores que suministran los diferentes medios o reactivos (algunos de ellos con exclusividad) y, hasta ahora, no han superado nunca los límites del contrato menor.

3. Tóner para las diferentes impresoras y faxes de la Consejería. Aunque se están sustituyendo las impresoras que actualmente tenemos en propiedad por otras en arrendamiento, acogiéndonos al Acuerdo Marco del Gobierno de Cantabria, aún es necesario adquirir tóner a diferentes proveedores, por un importe que no supera el límite del contrato menor por cada proveedor y del que es imposible determinar el número exacto de cada tipo de tóner, ya que hay impresoras de muy variados modelos. Especialmente importante es el caso del tóner de fax que precisa la Inspección Médica para transmitir los partes de baja, proceso absolutamente necesario para el correcto funcionamiento de las prestaciones sanitarias y que no puede ser sustituido actualmente por otro sistema de transmisión. El caso es, por tanto, similar a los anteriores.

En estos supuestos, entre otros, nos encontramos ante una necesidad periódica, conocida y previsible, que responde a una necesidad continuada en el tiempo, que tiene que llevarse a cabo necesariamente año tras año, pero que podría entenderse que no está perfectamente definida, ya que se desconoce el número exacto de cada tipo de producto a suministrar. Se podría interpretar que en estos casos la solución pasaría por licitar los contratos mediante acuerdos marco pero de los informes 41/2017, 42/2017 y 5/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa parece desprenderse que si ha mediado un año entre dos contratos menores no nos encontramos ante un supuesto de fraccionamiento del gasto.

Dada la necesidad urgente de contratar este tipo de suministros y su escasa cuantía, solicito aclaración sobre la posibilidad de adjudicar este tipo de suministros mediante contratos menores por considerar que, al no estar las necesidades perfectamente definidas, no se incurre en fraccionamiento

del gasto”.

SEGUNDA.- Una vez planteada la consulta en estos términos, debe ponerse de manifiesto lo siguiente:

El artículo 1 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), dispone que “[...] 1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, **a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores;** y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa [...]”.

Por su parte, el 28 de la misma norma, bajo la rúbrica “necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación” dispone que “las entidades del sector público **programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales** y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a regulación armonizada”

Parece que este es el supuesto en el que nos encontramos, dado que se afirma que los contratos objeto de esta consulta se mantienen a lo largo de los años, siendo, en principio, y según se expone, la cantidad exacta de cada uno de los productos a suministrar el único elemento que no es posible establecer de antemano. En este sentido, el artículo 16.3.a) de la LCSP contempla expresamente este supuesto, en la medida en que establece que “[...] en todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes: a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente”.

Por tanto, parece razonable, en aras a la conveniencia de aunar todas las exigencias de la Ley, y sin perjuicio de la posibilidad de recurrir al contrato menor en los supuestos en que legalmente resulte procedente, contemplar en los supuestos a que se hace referencia en la consulta, el recurso a otras mecanismos contractuales previstos en la Ley, que aúnan todas las exigencias normativas, como el procedimiento abierto simplificado contemplado en el artículo 159 LCSP, pudiendo, en su caso, recurrir al apartado 6 del mismo, incluso.

De ahí que se haya plasmado en la Instrucción Conjunta de la Intervención General y la Dirección General del Servicio Jurídico sobre los contratos menores en la Ley 9/2017, de 8 de

noviembre, de Contratos del Sector Público de mayo de 2018, apartado tercero 2.b), relativo a la documentación a incorporar en los expedientes de contratos menores, tal y como se pone de manifiesto en la consulta, que “[...] Se apreciará que hay fraccionamiento [...] Cuando con el contrato menor se pretendan atender **necesidades periódicas, conocidas y previsibles atendiendo a los principios de programación y buena gestión**, a través de una prestación determinada de carácter o naturaleza unitarios, perfectamente definida, **cuyas características esenciales no puedan variar de manera sustancial, que tiene que llevarse a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo aun cuando la cuantía de las prestaciones anuales no supere los umbrales del art. 118 LCSP, puesto que limitar el importe de un contrato administrativo al importe de una anualidad supondría un fraccionamiento del contrato**”.

Así, conviene tener en cuenta los fundamentos del expediente 39/18 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado relativo al “Posible fraccionamiento del objeto del contrato en contratos de campañas publicitarias” (el subrayado y la negrita son nuestros) en el que se afirma:

“[...] Como ya expusimos en nuestro informe de 1 de marzo de 2018 el principio de no división fraudulenta del objeto del contrato previsto en el artículo 74.2 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, posteriormente recogido en idénticos términos en el artículo 86.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y finalmente incorporado al artículo 99.2 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, ha sido objeto de análisis por esta Junta consultiva en diversos informes, más allá del mencionado informe 1/09. La conclusión que se deriva de todos ellos es la misma: existe un fraccionamiento indebido del objeto de contrato siempre que se divida éste con la finalidad de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación correspondiente, y ello, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa, operando este principio como un límite a la discrecionalidad del órgano de contratación. [...] 4. Partiendo de las afirmaciones anteriores la consideración de la contratación separada de cada una de las campañas como fraccionamiento a los efectos de que opere la limitación mencionada deberá verificarse a la luz de la existencia o no de vinculación operativa entre ellas. La elaboración y aprobación de un plan anual de publicidad y comunicación institucional por parte de una Administración, que incluya las campañas a realizar durante un ejercicio, responde a principios generales de la actividad administrativa como son la planificación, la eficacia y la eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos (artículo 3.1.g, h) y j) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). [...]”.

En el mismo sentido se pronuncia la Junta Consultiva en el expediente: 45/18. “Fraccionamiento de contratos menores” afirmando que “[...] 4. En cualquier caso, a los efectos de determinar si existe un fraccionamiento indebido del contrato, esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ya ha declarado que es necesario tener en cuenta diversos aspectos. Un aspecto sobre el que hemos incidido con anterioridad es la existencia de una unidad funcional y de un vínculo

operativo entre los diferentes contratos, lo que exigiría un tratamiento unitario de todos ellos, evitando un fraccionamiento artificioso del objeto del contrato que afectase al procedimiento de contratación o que se verificase con el simple objetivo de burlar los umbrales establecidos en la ley (informe 31/12, 15/2016, informe de 1 de marzo de 2018, en el que aludimos a nuestro previo informe 1/09, entre otros). A ello hay que añadir, como **elemento hermenéutico de relevancia la posibilidad de planificación del contrato, esto es, la previsibilidad de su realización en el marco de la oportuna programación de la contratación que la ley exige a los órganos de contratación [...]**”.

Ello no obsta, en el supuesto de que fuera procedente, a la tramitación urgente del expediente de los contratos o, en el supuesto, por ejemplo, de que fuera necesario en el caso de necesidad por motivos de salud pública derivados de “*alertas alimentarias*” a que se hace referencia en el supuesto número 2, a la tramitación de emergencia, si bien con la excepcionalidad del mismo, esto es, de conformidad con lo previsto en el artículo 120 de la LCSP en los supuestos en los que “**[...] la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de [...] de situaciones que supongan grave peligro [...]**”

Por lo que se refiere a la referencia supuestos de “*exclusividad*”, en su caso, debidamente acreditada, procedería la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad en los términos del artículo 168.a) 2º, si bien a este respecto deberá tenerse en cuenta que el segundo párrafo del mismo indica que “*[...] La no existencia de competencia por razones técnicas y de protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato*”.

Finalmente, debe recordarse que la regulación de los Acuerdos marco está establecida en los artículos 219 y siguientes de la LCSP que los configura como uno de los sistemas de racionalización de la contratación y en ese sentido determina que se trata de acuerdos con varias empresas con el fin de fijar las condiciones a las que habrán de ajustarse los contratos posteriores en un plazo determinado. Esta característica implica que no se exija el grado de concreción en el objeto y las prestaciones del objeto que sería imprescindible en un contrato de suministro, de forma que puedan satisfacerse necesidades que no están totalmente concretadas y por eso se recurre al Acuerdo Marco y se permite que las empresas liciten con sus catálogos, pudiendo posteriormente añadir otros (por ejemplo, como mejoras). En consecuencia, el hecho de que el suministro no contenga una lista cerrada de productos y que incluya diferentes clases que puedan someterse a diferentes exigencias de producción, almacenamiento y comercialización, no supone en este caso una indefinición del objeto del suministro que impida la licitación, puesto que las empresas han de concurrir con los productos de su catálogo sin que se les pueda excluir por incluir más o menos productos, pudiendo incluso posteriormente añadirse otros productos que excepcionalmente puedan ser necesarios, derivándose la concreción de los suministros a la celebración de los contratos basados.

Así, en el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 20 de junio de 2018, recurso nº 135 y 136/2018, resolución nº 177/2018, se analiza “que:

“[...] El apartado 3 de la carátula del PCAP establece: “PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN Y VALOR ESTIMADO DEL ACUERDO MARCO:

Al tratarse de un Acuerdo marco, el presupuesto base de licitación de los lotes se ha establecido en función de las necesidades del ejercicio precedente relativas a cada uno de los lotes”.

A continuación, determina los presupuestos anuales para cada uno de los lotes estableciendo el valor estimado por la suma de las cantidades presupuestadas para los dos años de duración del Acuerdo marco.

El órgano de contratación en su informe se refiere al contenido de los artículos 100 y 101 de la LCSP, argumentando que “se ha establecido un presupuesto base entendido como el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, tal como establece el punto 1 del artículo 100, partiendo del valor estimado determinado de acuerdo con el punto 10 a) del artículo 101 de la LCSP.

No se han desglosado en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación de acuerdo con lo que establece el artículo 100.3 de la LCSP.

Para el cálculo del valor estimado se ha tenido en cuenta las necesidades del ejercicio precedente y se le ha sumado el valor de las posibles modificaciones previstas excluyendo el importe del IVA, tal como establece el artículo 101 2 a) y c) de la LCSP”.

A la vista de los datos contenidos en el apartado 3 de la carátula del PCAP en el que consta que se han tenido en cuenta las necesidades de los años anteriores para cada lote y que permite deducir el método de cálculo del valor estimado, debemos considerar que se ha dado cumplimiento las exigencias de los artículos 100 y 101 de la LCSP y que la información es suficiente para participar en la licitación por lo que debe desestimarse el motivo de recurso.

[...] En relación con estas últimas es necesario destacar que tanto el Acuerdo marco como la Central de compras son formas de racionalizar la contratación, formas de contratar, no contratos en sí mismo, los contratos son los que surgen de su existencia, es decir, aquellos que viene denominándose contratos basados.

A este respecto y en relación con los Acuerdos marco, figura que interesa la presente resolución, el artículo 221 de la LCSP establece la posibilidad de tramitar un Acuerdo marco que establezca inicialmente todos los requisitos de la licitación o por el contrario la tramitación de un acuerdo más amplio y genérico que posteriormente con cada contrato basado establezca los requisitos contractuales necesarios. De la elección de una u otra posibilidad dependerá el procedimiento de adjudicación de los contratos basados en dicho Acuerdo marco.

En el caso de haber establecido todos los requisitos en el procedimiento de adjudicación del Acuerdo marco sus contratos basados se efectuarán sin necesidad de nueva licitación artículo 221.4.a) de la LCSP.

Por el contrario, si como es el caso que nos ocupa, el Acuerdo marco no ha determinado la totalidad de los requisitos de la contratación, precisará de una nueva licitación, cuyo trámite se recoge en el apartado 6 del artículo anteriormente citado.

Cabe la aplicación pretendida en los Pliegos recurridos de lo dispuesto en el apartado 6 a) del artículo citado en cuanto se trate de contratos basados, no sujetos a regulación armonizada en base a su valor estimado, pudiendo en este caso y justificadamente invitar a tres empresas adjudicatarias del Acuerdo marco a formular oferta, en lugar de invitar a todas ellas.

En ningún caso, el artículo 221 establece un régimen similar a la contratación menor para compras que no superen los límites de este tipo de adjudicación y aún menos para una cifra establecida a instancia de parte, como se pretende en estos Pliegos. [.....]"

CONCLUSIÓN

En conclusión, y como respuesta a la consulta planteada por la Secretaría General de Sanidad, parece razonable, en aras a la conveniencia de aunar todas las exigencias de la Ley, y sin perjuicio de la posibilidad de recurrir al contrato menor en los supuestos en que legalmente resulte procedente, contemplar en los supuestos a que se hace referencia en la consulta, el recurso a otros mecanismos contractuales previstos en la Ley, que aúnan todas las exigencias normativas, como el procedimiento abierto simplificado contemplado en el artículo 159 LCSP, pudiendo, en su caso, recurrir al apartado 6 del mismo, incluso.

Santander, a la fecha de la firma electrónica
EL INTERVENTOR GENERAL

Fdo.: Pedro Pérez Eslava

SECRETARÍA GENERAL DE SANIDAD