

INFORME 13/2018, DE 8 DE OCTUBRE DE 2018, SOBRE LA NECESIDAD DE PUBLICAR EN EL PERFIL DE CONTRATANTE LOS CONTRATOS MENORES DE 5.000 EUROS Y LA NO APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 118.3 LCSP CUANDO SE PROMUEVA LA CONCURRENCIA.

I – ANTECEDENTES

Por parte de la Dirección General de Política Digital de la Consejería de Economía, Hacienda y Administración Pública se ha solicitado informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“Una vez ha tenido lugar la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público, surgen dudas respecto de la interpretación que debe de hacerse de ciertos aspectos de la misma, por lo que se plantean por parte de este Centro Directivo dos cuestiones que consideramos deben elevarse a la Comisión Consultiva de Contratación.

PRIMERO: *Sobre la necesidad o no de publicar en el perfil del contratante los contratos menores de 5.000 euros.*

(...)

Existiendo un mecanismo similar al anticipo de caja fija, ya que, consultado con la Dirección General de Tesorería y Deuda Pública se informa que la Tesorería General de la Junta de Andalucía tiene plenamente operativo este mecanismo y atiende con especial prioridad a estos pagos que corresponden a obligaciones de naturaleza comercial, ¿pueden aplicarse las especialidades previstas en la LCSP para los contratos de valor estimado inferior a 5.000 euros sin necesidad de esperar a que dicha orden esté aprobada? .

En caso afirmativo, no sería necesario publicar en el perfil del contratante los contratos cuyo valor estimado sea inferior a 5.000 euros, ni su remisión al Tribunal de Cuentas, ni su comunicación al Registro de Contratos.

SEGUNDO: *Sobre la no aplicación del artículo 118.3 cuando se licite un contrato menor y por tanto se promueva la concurrencia.*

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?.

II – INFORME

Se eleva por la la Dirección General de Política Digital de la Consejería de Economía, Hacienda y Administración Pública solicitud de informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública sobre la interpretación de diferentes aspectos de los expedientes de contratación en contratos menores de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

La LCSP deroga el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público e introduce importantes novedades en la



regulación de los contratos públicos. Entre las muchas novedades destacan las reformas operadas en las normas reguladoras de los contratos menores contenidas en los artículos 29.8, 118, 131.3 y 153.2.

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

Ello ha hecho que se haga necesario un pronunciamiento expreso de esta Comisión Consultiva de Contratación Pública, que fije un criterio homogéneo de actuación respecto a esta modalidad de contratación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con determinadas cuestiones que ya han sido tratadas en el Informe 6/2018. de 12 de julio por este órgano consultivo.

Se solicita informe en esta ocasión para otras cuestiones que se suscitan derivadas del propio artículo 118, objeto del informe citado anteriormente.

1.- Por lo que hace referencia a la interpretación que debe hacerse del precepto relativo al **principio de concurrencia y la regla de incompatibilidad del artículo 118.3 LCSP**, en el sentido de plantearse qué efectos puede tener sobre dicha regla la introducción de trámites que promuevan la concurrencia en la adjudicación sucesiva de contratos menores.

Como establece el apartado 3 del artículo 118 la “regla” que debe comprobar el órgano de contratación es la 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 del artículo”.

Ahora bien, aún cuando de la dicción del texto así lo parezca, no estamos ante dos reglas sino ante una única regla por lo que habría que interpretar que en el expediente de contratación del contrato menor debe justificarse que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y que, por lo tanto, el contratista no ha suscrito más contratos menores con el mismo objeto que, individual o conjuntamente, superen la cifra que consta en el apartado primero del citado artículo.

En este mismo sentido, para la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia en su *Informe 1/2018, de 25 de abril de 2018, sobre interpretación del apartado 3º del artículo 118 LCSP* la clave de la cuestión radica en que *“resulta posible entender el inciso en cuestión del número 3 del artículo no como una regla prohibitiva independiente o autónoma, sino como una precisión de la regla que la antecede, lo que conduce además a un resultado ya coherente sistemáticamente con el contexto del párrafo y con las reglas generales de la LCSP.*

Se trataría de elevar las exigencias de motivación y justificación referidas al cumplimiento de las reglas legales existentes sobre el objeto y valor estimado, sin pretender establecer una regla independiente.



En particular, el entendimiento de la regla de no concertación de otros contratos menores en el sentido de referirse, de acuerdo con las reglas generales de la ley, al mismo objeto del contrato, y, por lo tanto, como una especificación de la primera de las menciones del precepto relativa a la no alteración del objeto del contrato es coherente con la propia dicción del precepto cuando expresa, a continuación, que “el órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla”. Esto es, el propio precepto interpreta las menciones que anteceden a esta expresión como una única regla y no como dos reglas no relacionadas entre sí.

En conclusión, por las razones expuestas, a juicio de esta Junta Consultiva y de acuerdo con lo manifestado por la JCCA del Estado, la interpretación correcta del artículo 118.3 sería la de entender que en el expediente de contratación del contrato menor debe justificarse que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas de contratación y que, por tanto, el contratista no suscribió más contratos menores con el mismo objeto que, individual o conjuntamente, superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”.

Cabe señalar que los procedimientos para la adjudicación de un contrato están catalogados en la Ley de Contratos del Sector Público. El artículo 116 de la LCSP dispone que en el expediente de contratación se justificará adecuadamente la elección del procedimiento de adjudicación. La elección del mismo deberá constar en la memoria justificativa del expediente de contratación y suele constar también en el acuerdo de inicio del expediente, siendo en este momento cuando el órgano de contratación adopta la decisión de cuál será el procedimiento de adjudicación, dentro de los establecidos en la Ley, y que deberá utilizarse para la selección de la empresa adjudicataria del contrato cuyo expediente se inicia.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 131 de la LCSP, los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante los siguientes procedimientos:

1. Procedimientos ordinarios: dado que serán los procedimientos usuales para la adjudicación de los contratos por cumplir mejor con los principios de libre concurrencia y publicidad.

- Procedimiento abierto, dentro de este encontramos el procedimiento abierto ordinario, el procedimiento abierto simplificado y el procedimiento abierto “supersimplificado”.
- Procedimiento restringido.

2. Procedimientos no ordinarios, solo pueden ser utilizados en los supuestos previstos taxativamente en la normativa:

- Procedimiento negociado. La adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos (artículo 166 a 171 de la LCSP). Podemos diferenciar:

o Licitación con negociación, en los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios cuando se dé alguna de las situaciones contempladas en el artículo 167 de la LCSP. La adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido tras negociar las condiciones del contrato con los candidatos.



o Procedimiento negociado sin publicidad, sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los casos establecidos en el artículo 168 de la LCSP, que hace referencia a obras, servicios o suministros muy concretos o determinados.

- Procedimiento de diálogo competitivo: el órgano de contratación establece un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta (artículos 172 a 176 LCSP).

- Procedimiento de asociación para la innovación, para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de I+D en obras, servicios y productos, para su posterior adquisición por la Administración, siempre que respondan a los niveles de rendimiento y costes acordados entre esta y los participantes . (artículos 177 a 182 LCSP)

Existen además otros supuestos, tasados en la normativa, en los que la adjudicación no se realiza por los procedimientos ordinarios o no ordinarios. A modo de ejemplo podemos citar los contratos menores, los concursos de proyectos o la prestación de asistencia sanitaria en situaciones de urgencia y por importe inferior a 30.000 euros.

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

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

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



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

Pues bien, en el expediente de contratación de un contrato menor, artículo 118 LCSP, no se contempla la circunstancia de que por el hecho de haber dado publicidad y promovida la concurrencia en el mismo no le vayan a resultar de aplicación los límites contemplados en su apartado tercero.

Si bien puede entenderse que si en la tramitación de un contrato menor se produce la publicidad de la licitación se está garantizando la aplicación de los principios de competencia, concurrencia e igualdad de trato a los licitadores también puede parecer razonable deducir que más bien se quiere promover la concurrencia en un expediente de un contrato menor con la finalidad de no tener que comprobar la “regla” establecida en el apartado 3 del art. 118 LCSP y no tener que aplicar por tanto los límites establecidos.

Si se quiere promover la concurrencia existe el procedimiento de adjudicación abierto. No parece muy garantista utilizar la fórmula de un “pseudo concurso” en un contrato menor cuando ello puede suponer además la no aplicación de los límites contemplados en el art. 118 LCSP.

Este órgano consultivo entiende que si se promueve la concurrencia esto es, si se publica en el perfil de contratante la licitación de un contrato menor, estableciendo los criterios de adjudicación del mismo, no se rompe por ello la necesidad de que el órgano de contratación compruebe la “regla” establecida en el apartado 3 del artículo 118.

Debe tenerse en cuenta el Informe 1/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña. En su conclusión IV indica que *“el hecho de dar publicidad a los contratos menores, o de solicitar ofertas a un número determinado de empresas, no impide que, si el contrato que se licita es un contrato menor, le resulten de aplicación todas las limitaciones que el artículo 118. de la LCSP establece, sin prever excepciones, para estos contratos”*.

También resulta de interés traer a colación lo dicho en el antecedente IV del mismo informe *“Ciertamente, teniendo en cuenta la finalidad de esta limitación, de no beneficiar indebidamente a determinadas empresas respecto de otras e incrementar la competencia de modo que, a pesar de poder seguir escogiendo directamente a la empresa con la cual suscribir los contratos menores, estos no se suscriban siempre con las mismas empresas, deja de tener sentido aplicarla si se da publicidad a la “licitación” del contrato menor y se selecciona a las empresas que tengan que resultar adjudicatarias por haber presentado la oferta más ventajosa y no directamente.*

La exposición de motivos del Decreto-Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía, del Gobierno de Aragón, alude también a esta pérdida de sentido de la aplicación de la limitación en los supuestos en que se da publicidad de la licitación, cualquier empresa se puede presentar y el contrato se adjudica a la mejor oferta, señalando, además, que sería contrario al principio de igualdad de trato a los licitadores y que supondría de



facto una prohibición de contratar para quien presenta la mejor oferta en respuesta a un anuncio de licitación en el perfil de contratante en el marco de un contrato de pequeña cuantía, que sería incoherente con los procedimientos ordinarios en los que no se dispone prohibición de contratar futura para quien resulte adjudicatario.

Sin embargo, dado que la LCSP no contiene ninguna excepción a la aplicación de la limitación establecida en el artículo 118, y con la voluntad de no hacer decir a la Ley aquello que no dice más allá de lo que es estrictamente indispensable para poder aplicarla – como son el límite subjetivo, objetivo y temporal que se han analizado-, hay que afirmar que la única vía prevista en la LCSP para evitar la aplicación del límite de adjudicación de contratos menores a una misma empresa es, justamente, no suscribir estos contratos, sino contratos de valores estimados reducidos a través del procedimiento abierto simplificado abreviado.

A esta misma conclusión ha llegado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en el Informe 3/2018, de 13 de febrero, ya mencionado, en el cual afirma que el hecho de dar publicidad al contrato menor “no puede servir por sí mismo para alterar un régimen jurídico claramente establecido en la Ley, lo que supondría de facto la creación de un procedimiento nuevo, no regulado en la Ley.

Entendiendo, por lo tanto, que la redacción del artículo 118 de la LCSP no permite considerar que no resulta de aplicación este límite en el caso de publicar anuncios para la adjudicación de los contratos menores, todavía menos se puede entender que este límite no fuera de aplicación cuando, sin publicidad, se pidiera oferta a un determinado número de empresas.”.

2.- La segunda cuestión que plantea la Dirección General de Política digital es sobre la necesidad o no de publicar en el perfil del contratante los **contratos menores de 5.000 euros**, por lo que se considera necesario adoptar una decisión al respecto.

La LCSP establece las siguientes peculiaridades respecto a los contratos menores:

“Artículo 63. Perfil del contratante

4. La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente.....

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 similar para realizar pagos menores.

Artículo 335.1. Remisión de contratos al Tribunal de Cuentas

(...) Además, se remitirá una relación del resto de contratos celebrados incluyendo los contratos menores, excepto aquellos que siendo su importe inferior a cinco mil euros se satisfagan a través del sistema de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores, donde se consignará la identidad del adjudicatario, el objeto del contrato y su cuantía. Dichas relaciones se ordenarán por adjudicatario.

Artículo 346. Registro de Contratos del Sector Público

3. Los poderes adjudicadores comunicarán al Registro de Contratos del Sector Público, para su inscripción, los datos básicos de los contratos por ellos adjudicados, entre los que figurará la identidad del adjudicatario, el importe de adjudicación de los mismos, junto con el desglose correspondiente del Impuesto sobre el Valor Añadido.

.....

Se exceptuarán de la comunicación señalada en este apartado los contratos excluidos por la presente Ley y



aquellos cuyo precio fuera inferior a cinco mil euros, IVA incluido, 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. En el resto de contratos inferiores a cinco mil euros, deberá comunicarse el órgano de contratación, denominación u objeto del contrato, adjudicatario, número o código identificativo del contrato e importe final”.

Como puede apreciarse, para que puedan operar estas excepciones es necesario que el sistema de pago utilizado sea el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.

La Tesorería General de la Junta de Andalucía atiende con especial prioridad a estos pagos que corresponden a obligaciones de naturaleza comercial. De este modo, a principios de cada semana se materializan los pagos de las obligaciones de esta naturaleza reconocidas durante la semana anterior.

La Orden de 24 de julio de 2018, de la Consejería de Economía, Hacienda y Administración Pública por la que se regula el procedimiento de anticipo de caja fija y la priorización de pagos menores indica en su parte expositiva lo siguiente: *“en esta norma, se incorpora como novedad un tratamiento similar para todos los pagos cuya cuantía individual sea inferior a cinco mil euros, ya que la materialización de su pago será objeto de la misma especial prioridad aplicada al anticipo de caja fija. En este contexto, con esta Orden se adoptan nuevas medidas en cuanto a la priorización de los pagos por transferencias de los documentos de efectivo que se deriven o sean necesarios para la ejecución de gastos tramitados a través del procedimiento de anticipo de caja fija. Asimismo, se introduce como novedad, la regulación de un mandato de priorización de pagos menores, empleando criterios de priorización similares a los previstos en el procedimiento de anticipo de caja fija, para aquellos gastos tramitados por el procedimiento general de pagos cuyo importe sea inferior a cinco mil euros”.*

Específicamente el artículo 9 de la citada Orden “priorización de los pagos tramitados por el procedimiento de anticipo de caja fija, así como de pagos menores a cinco mil euros” establece lo siguiente:

“Artículo 9. Priorización de los pagos tramitados por el procedimiento de anticipo de caja fija, así como de pagos menores a cinco mil euros .

1. Se priorizan los pagos por transferencias de documentos de dotación de efectivo, que se deriven o sean necesarios para la ejecución de gastos tramitados a través del procedimiento de anticipo de caja fija. A estos efectos, los lunes y jueves de cada semana o primer día hábil posterior, la Tesorería correspondiente realizará el pago material de los documentos de pago, que se hayan ordenado conforme al artículo 3.2 de esta Orden, desde el día de pago anterior.

2. Igualmente se prioriza cualquier documento de pago tramitado a través del procedimiento general de pago de las obligaciones establecido en el Título IV del Decreto 40/2017, de 7 de marzo, cuyo importe sea inferior a cinco mil euros. Las Ordenaciones de pago competentes realizarán todas las actuaciones necesarias dentro del ámbito de la ordenación para que los documentos de pago de importe inferior a cinco mil euros se encuentren disponibles para la materialización de su pago en las fechas determinadas.

3. La priorización del pago establecida en los apartados anteriores se aplicará por los órganos gestores de la Tesorería General de la Junta de Andalucía dentro del marco del Presupuesto de la Tesorería y de



las disponibilidades monetarias existentes en cada momento, aplicando los criterios objetivos determinados en el artículo 41 del Decreto 40/2017, de 7 de marzo, y sin perjuicio de la prioridad otorgada por normas de rango superior."

Adicionalmente, también se ha incluido en el texto una disposición adicional quinta "*Priorización de los pagos correspondientes a contratos menores cuyo valor estimado sea inferior a cinco mil euros*" que abunda en esa especial priorización, ya que se indica que "*los gastos de naturaleza contractual cuyo valor estimado sea inferior a cinco mil euros, se abonarán aplicando los criterios para priorizar los pagos menores a los que se refiere el artículo 9*".

Por todo lo anterior y teniendo en cuenta que ese mecanismo ya está activo, entiende este órgano consultivo que existiendo un mecanismo similar al anticipo de caja fija, pueden aplicarse las especialidades previstas en la LCSP para los contratos de valor estimado inferior a 5.000 euros. Por tanto, se considera que no será necesario publicar en el perfil del contratante los contratos cuyo valor estimado sea inferior a 5.000 euros, ni su remisión al Tribunal de Cuentas, ni su comunicación al Registro de Contratos cuando estemos en el marco de los procedimientos existentes en la Junta de Andalucía previstos en la Orden de 24 de julio de 2018, tanto si el sistema de pago utilizado fuera propiamente el de anticipo de caja fija, como si el pago fuese en firme y consistiera en una priorización de los pagos menores de 5.000 euros.

No queremos terminar este apartado sin hacer una referencia a la deficiente técnica legislativa usada en este supuesto pues se utilizan indistintamente elementos distintos para referirse a los contratos de manera que se habla de contratos de valor estimado inferior a 5.000 euros, estando por lo tanto el IVA excluido, y contratos de precio inferior a 5.000 euros, IVA incluido.

III – CONCLUSIONES

1- Los procedimientos de adjudicación están catalogados en la LCSP. Si se promueve la concurrencia esto es, si se publica en el perfil de contratante la licitación de un contrato menor, estableciendo los criterios de adjudicación del mismo, no se rompe por ello la necesidad de que el órgano de contratación compruebe la "regla" establecida en el apartado 3 del artículo 118.

2.- De acuerdo con lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público, no será necesario publicar en el perfil de contratante los contratos menores de valor estimado inferior a 5.000 euros, ni su remisión al Tribunal de Cuentas, ni su comunicación al Registro de Contratos del Sector Público cuando estemos en el marco de los procedimientos existentes en la Junta de Andalucía previstos en la Orden de 24 de julio de 2018, tanto si el sistema de pago utilizado fuera propiamente el de anticipo de caja fija, como si el pago fuese en firme y consistiera en una priorización de los pagos menores de 5.000 euros.

Es todo cuanto se ha de informar.

