



Expediente 86/18, de 10 de diciembre de 2018. Contratos puente y fraccionamiento de contratos menores. IMSERSO.

Clasificación del informe: 14. Procedimiento de adjudicación. 14.3. Contratos menores. 18. Otras cuestiones de carácter general

ANTECEDENTES

La Directora General del IMSERSO ha dirigido dos consultas a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“El Instituto de Mayores y Servicios Sociales (Imserso) es una entidad gestora de la Seguridad Social adscrita al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. El Instituto mantiene una red de veintidós centros en los que se prestan servicios a usuarios con discapacidad o en situación de dependencia, en su mayoría en régimen de alojamiento, dentro de las necesidades de contratación se encuentran de obtener servicios que se puedan denominar esenciales, tales como vigilancia, seguridad y limpieza entre otros.

Debido a situaciones sobrevenidas en materia de gestión, ciertos contratos abiertos de los mencionados como esenciales están próximos a su vencimiento sin que haya dado tiempo a lanzar las nuevas licitaciones con la antelación necesaria para enlazar los contratos que finalizan con las nuevas adjudicaciones. Ante estas situación y debido a la necesidad de mantener



dichos servicios esenciales, que de no realizarse conllevarían el cierre de los centros, habría que solicitar a las empresas adjudicatarias que sigan realizando las prestaciones a pesar de finalizar el contrato en vigor o bien intentar lanzar una contratación “puente” a través de un procedimiento abierto simplificado con el fin de tener cubierto el período hasta la formalización del contrato adjudicado mediante procedimiento abierto, si bien esta última opción genera dudas para su posible aplicación conforme al artículo 99 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, Ley de Contratos del sector público.

Por todo ello, se desea conocer si ante la situación expuesta derivada de la necesidad de mantener servicios esenciales y que conllevarán la continuidad de prestaciones derivadas de contratos vencidos y que no estarán por tanto soportados por un contrato en vigor y estando en curso nuevas licitaciones a través de procedimiento abierto, sería posible utilizar el procedimiento abierto simplificado como “contrato puente” con duración hasta la nueva formalización correspondiente al procedimiento abierto.

El Instituto de Mayores y Servicios Sociales (Imsero) desea realizar unas jornadas institucionales en el marco de sus competencias, para lo que previsiblemente tendrá que contratar una serie de servicios como cartelería, traductores de la lengua de signos, azafatas, etc., siendo todos ellos de naturaleza y objeto diferente y distintos proveedores, si bien enfocados al mismo evento. El coste estimado total de todos los distintos servicios que se desea contratar será de aproximadamente 20.000 euros, si bien cada uno de éstos será inferior a los 15.000 euros y se licitaría con proveedores que no superan entre el precio de licitación y los contratos adjudicados en los últimos doce meses los 15.000 euros, lo que permitiría acudir a la modalidad del contrato menor.



Ante esta situación se solicita conocer si la contratación de los distintos servicios descrita anteriormente, todos ellos de diferente objeto y naturaleza si bien enfocados al mismo evento, con contratos menores, se podría considerar o no fraccionamiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, Ley de Contratos del Sector Público.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha acordado acumular y contestar de manera unitaria las dos consultas planteadas por la Directora General del IMSERSO.

2. La primera de ellas alude a la posibilidad de celebrar un procedimiento abierto simplificado para adjudicar con rapidez uno o varios contratos, que estarán vigentes únicamente durante el tiempo en que no sea posible cubrir ciertos servicios que califica como esenciales para el funcionamiento de la red de centros de atención a personas con discapacidad o en situación de dependencia. La premisa de la que se parte es que por circunstancias sobrevenidas, que no identifica, no ha sido posible finalizar la licitación, a través del procedimiento abierto ordinario, de los mismos contratos que sustituirán a los que previamente amparaban la realización de aquellos servicios.

El artículo 99 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público señala 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. La selección de un contratista por procedimiento abierto ordinario reviste las máximas condiciones de transparencia y respeto a los principios fundamentales de la contratación, por lo que cabría pensar que la utilización de un procedimiento simplificado para una prestación cuya vigencia temporal debería haber estado incluida en el procedimiento abierto ordinario podría suponer un fraccionamiento ilícito del objeto del contrato.

El fraccionamiento ilícito del contrato, como señala la ley, debe tener por finalidad la de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. Pero en casos como el que nos atañe, **cuando lo único que se pretende es la continuidad de la prestación durante el periodo que medie hasta la finalización del nuevo procedimiento de selección del contratista**, no es aquella la razón de emplear otro procedimiento de selección del contratista para la ejecución de una prestación más limitada en el tiempo que la originalmente programada. Sea cual sea la circunstancia sobrevenida a la que alude la consulta, si la no celebración de un contrato por la vía de un procedimiento más sencillo puede dar lugar a la merma o a la suspensión de un servicio tan necesario como la atención a personas discapacitadas o en situación de dependencia, parece que el interés público subyacente a la ejecución de este tipo de contratos debe primar sobre otras consideraciones, especialmente cuando el periodo de tiempo durante el que el contrato va a estar vigente se va a limitar a ese periodo de tiempo que reste hasta que se concluya a licitación del contrato a través de un procedimiento abierto ordinario. En definitiva, no parece que la finalidad de la utilización de un contrato previo pueda ser, **en los casos descritos en este párrafo**, la de



fraccionar el objeto del contrato para burlar los umbrales o los requisitos de publicidad.

Todo ello, desde luego, está condicionado, en primer lugar, por el hecho de que efectivamente la razón que justifique esta decisión sea el perjuicio que se pueda causar a los usuarios de un servicio público tan importante como el descrito. Otra causa subyacente y distinta constituiría un vicio de uno de los elementos esenciales del contrato, una merma de principios esenciales de la contratación pública realizada mediante el fraccionamiento ilícito del contrato y una posible desviación de poder.

Por otro lado, cabe suponer que si el medio procedimental seleccionado es el procedimiento abierto simplificado es porque los contratos en cuestión pueden licitarse a través de ese procedimiento, esto es, porque cumplen con las condiciones establecidas en el artículo 159 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Porque lo que no cabe entender es que la especialidad de la situación justifique el incumplimiento de los requisitos establecidos legalmente para el empleo de este procedimiento. Como ya expusimos en nuestro Informe 42/14 cabría en estos casos una nueva licitación muy ágil con el fin de permitir la continuidad en la prestación del servicio. Dentro de estas posibilidades en nuestro precedente informe aludíamos al procedimiento negociado sin publicidad y al contrato menor, en los casos en que la legislación autorice su uso, y en la legislación vigente se añaden supuestos como el procedimiento abierto simplificado y el más simplificado del artículo 159.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, amén de la posibilidad que ofrece el artículo 29.4, a la que a continuación aludiremos.



3. Aunque la consulta no mencione las circunstancias sobrevenidas que han dado lugar a este retraso, las mismas no son inocuas desde el punto de vista jurídico. Recordemos que para los contratos sujetos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el artículo 29.4 de la misma ha previsto el caso que nos atañe y lo ha regulado de manera expresa:

“No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.”

La aplicación de este precepto exige la concurrencia de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación, razón por la cual si en un caso como el que tratamos el acontecimiento es previsible, no se podría utilizar esta posibilidad. De la misma manera, en lo que se refiere al respeto al principio de buena administración, cabe señalar que la existencia de un retraso ocasionado por la incuria de la entidad licitante no se puede prever de antemano ni considerarse acorde con aquel principio.



Sin duda, la solución a este tipo de problemas estriba en una diligencia reforzada de los órganos de contratación y en un concepto al que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, otorga una gran importancia en su artículo 28.4 como es la programación y planificación adecuada de su actividad contractual. En los supuestos en que habiendo existido esa diligencia se produzcan acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación cabrá una prórroga conforme a la ley actual, posibilidad que no cabe en los casos de negligencia del órgano de contratación.

4. En la segunda cuestión planteada por el IMSERSO cabe señalar, en primer lugar, que conforme hemos reiterado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado únicamente puede evacuar informes en los términos previstos en el artículo 328 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que revistan carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, sobre un expediente concreto o un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los pliegos, cuestiones todas ellas para las cuales las entidades públicas disponen del correspondiente servicio o asesoría jurídicos.

A este respecto, cabe recordar los criterios de esta Junta expuestos, entre otros, en sus informes de 18 de de noviembre de 1996 (informe 62/96), de



17 de marzo y 11 de noviembre de 1998 (expedientes 46/98 y 31/98), de 30 de octubre de 2000 (expediente 32/00), 5 de marzo de 2001 (expediente 54/00), de 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Junta, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados, el informe preceptivo de los pliegos o las peticiones que pueden formular en expedientes concretos o relativas a un contrato concreto.

En cualquier caso, reconduciendo la consulta a términos generales, cabe recordar el criterio que expusimos en nuestro informe 15/2016, de 1 de marzo de 2018, en el que aludimos a nuestro previo informe 1/09. En el meritado informe se concluyó que existía una relación entre la prohibición de fraccionamiento indebido del contrato y la unidad funcional y operativa de su objeto señalando que: *“existe fraccionamiento del objeto del 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. Correlativamente no existirá fraccionamiento siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad”*.

A este respecto, cabe traer a colación lo señalado por esta Junta Consultiva en el informe 12/15, de 6 de abril de 2016, en el que se señala lo siguiente:

“Esta Junta Consultiva considera que con carácter general le corresponde al órgano de contratación decidir si para dar



satisfacción a varias necesidades tramita uno o varios expedientes de contratación. Esta discrecionalidad para configurar jurídicamente la licitación y contratación de dos o más prestaciones encuentra su límite en el principio de no división fraudulenta del objeto del contrato que establece el artículo 86.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En este sentido es reiterada la doctrina de esta Junta Consultiva (informes nº 31/12, de 7 de mayo, 1/09, de 25 de septiembre, 16/09, de 31 de marzo de 2009, 57/09, de 1 de febrero, 69/08, de 31 de marzo, entre otros) en el sentido de que esta norma tiene por objeto tratar de evitar el fraude legal tendente a la elusión de la aplicación de ciertas normas en materia de publicidad y relativas a los procedimientos de adjudicación cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato. No es su finalidad, según esto, obligar a agrupar en un solo contrato prestaciones distintas por el simple hecho de que compartan la misma naturaleza y puedan ejecutarse de forma conjunta, si son independientes entre sí y es perfectamente posible no solo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma también independiente.

En realidad, el citado principio de no fragmentación fraudulenta del objeto del contrato solo operará cuando pueda hablarse de “fragmentación” como tal, esto es, según reiterada doctrina de esta Junta Consultiva (informe 31/12, entre otros), cuando entre las diferentes prestaciones que pretenden contratarse (o partes de éstas) exista un vínculo operativo. Cuando este sea el caso la discrecionalidad del órgano de contratación para tramitar una pluralidad de expedientes de contratación que culminen en una



pluralidad de contratos se encontrará con el límite del citado principio que consagra el artículo 86.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.”

Partiendo de las afirmaciones anteriores la consideración de la contratación separada de cada una de las prestaciones 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. Esta existirá, como señala el informe de esta Junta 31/2012, de 7 de mayo “*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. En el caso de que constituyan una unidad operativa o sustancial y se divida el contrato, estaremos ante un fraccionamiento*”.

En definitiva, si cada prestación constituye un objeto propio y completo, de modo que no necesite de las restantes para su funcionamiento operativo, podrá sostenerse que su contratación separada no implica el fraccionamiento del contrato. La determinación de estos aspectos exige una labor individualizada de cada órgano de contratación atendiendo a los diferentes aspectos que conforman las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, de modo que la separación operativa y funcional de aquellas puede permitir un tratamiento independiente mientras que un fraccionamiento cuyo único objeto fuese separar contratos que debieran estar unidos con el fin de burlar las reglas de publicidad o de procedimiento será ilícito.



Por tanto, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado no puede pronunciarse acerca de la independencia funcional de cada prestación en este caso. Los elementos que deben regir la labor interpretativa de cada órgano de contratación son los expuestos en el cuerpo del presente informe en relación con la vinculación operativa y la unidad funcional de los contratos y con el fraccionamiento indebido de los mismos.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

- En supuestos como el planteado para que sea posible emplear el procedimiento abierto simplificado es necesario que el órgano de contratación constate que se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 99 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y que no se vulneran las normas sobre utilización del procedimiento abierto simplificado.
- En estos mismos supuestos la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en su artículo 29.4 establece una excepción que puede emplearse en los supuestos en que no habiendo existido falta de diligencia por parte del órgano de contratación en la nueva licitación se produzcan acontecimientos imprevisibles, de modo que cabrá una prórroga del contrato siempre que concurren razones



de interés público que exijan su continuidad, posibilidad que no cabe en los casos de negligencia del órgano de contratación.

- La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado no puede pronunciarse en expedientes concretos sobre la existencia de fraccionamiento ilícito del contrato. Este es un análisis que compete al órgano de contratación conforme a los criterios expuestos en consideración jurídica 4^a del presente informe.