



Expediente 72/18

Materia: Fraccionamiento del contrato.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Serrejón ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“El Ayuntamiento de Serrejón organiza cada año varios festejos de los conocidos como festejos populares. Cada uno de estos festejos está integrado por diferentes prestaciones entre las que se pueden citar: espectáculos taurinos, espectáculos ecuestres, pasacalles, juegos infantiles (castillos hinchables, paseo en tren, etc), orquestas de música variada, servicio de catering, alquiler de carpa, alquiler de grupo electrógeno, alquiler de WC portátiles, etc.

Respecto de las orquesta, la contratación no se realiza directamente con la orquesta sino a través de empresas de servicios de ocio y entretenimiento, sin que estas empresas cuenten, en todos los casos, con contrato de exclusividad de las orquestas.

El artículo 99.2 de la LCSP 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, señalando el punto número 3 que siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes.

La normativa de contratación pública siempre ha venido considerando que existe un fraccionamiento indebido cuando no se respete el concepto de unidad operativa o funcional, estableciéndose en la normativa anterior TRLCSP, que cuando el objeto del



contrato admita fraccionamiento y se justifique debidamente en el expediente, podría realizarse cada una de las partes mediante su división en lotes.

La Sindicatura de Cuentas de la Comunidad de Valencia en el Manual de fiscalización de 2018, sección 4813: Guía de fiscalización de la contratación, señala que existirá una unidad operativa o funcional, si los elementos son 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.

Con cita del informe 57/2009 de esa Junta Consultiva, dicha Sindicatura señala que no se considerará que existe fraccionamiento indebido del contrato, siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad operativa o funcional, de tal forma que la ejecución y explotación de una o varias de ellas no sea necesaria para la ejecución y explotación de cualquiera de las demás, o aún cuando los objetos de dos o más contratos sean semejantes pero independientes entre sí.

Por el contrario, debe considerarse que existe fraccionamiento del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contraten por separado no sean susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional u operativa entre ellas.

De acuerdo con este planteamiento, puede considerarse que en la organización de los festejos por parte del Ayuntamiento, la unidad operativa o funcional es cada una de las prestaciones que se contratan espectáculos taurinos, pasacalles, cada una de las orquestas, servicio de catering, etc. y no todo el festejo en su conjunto, por cuanto que cada una de éstas prestaciones no es inseparable o imprescindible para la celebración del mismo. Esto es, cada festejo puede contar con espectáculo taurino o no; con una, dos o más orquestas; con servicio de catering o sin él, etc., etc. Por tanto, el espectáculo taurino, o cada una de las orquestas, o el servicio de catering, podrían



contratarse mediante procedimientos independientes sin que existiese un fraccionamiento indebido, ya que la ejecución de cada prestación no es necesaria para la ejecución de los demás, sin perjuicio de que se pudiera optar, también, a su contratación en un único procedimiento previendo la realización independiente de cada una mediante la división en lotes.

En este sentido se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en informe 8/2017, de 21 de junio, al señalar que en la celebración de un espectáculo taurino, en el que cabría identificar entre otras prestaciones: obtención de la preceptiva autorización administrativa, alquiler del ganado, servicios profesionales médicos y veterinarios, servicios de transporte sanitario, seguros, y contratación del Director de lidia o de los profesionales taurinos, en el caso de que fueses una entidad sometida a las disposiciones de la Ley de contratos del sector público quien, actuando como organizador del espectáculo, hubiera de contratar estas prestaciones, de objeto variado y completamente distinto, podría tramitar tantos procedimientos individuales como prestaciones fuese necesario contratar para organizar el espectáculo, aplicando el procedimiento que corresponda en cada caso.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017 al establecer en el punto 3 del artículo 99 el criterio de que siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, nos surgen dudas sobre si cada prestación que integra el festejo puede contratarse mediante un procedimiento individual que se determinará en función del valor estimado de la misma, o por el contrario, debe realizarse un único procedimiento de adjudicación para el conjunto de todas las prestaciones, previéndose en el pliego la división en lotes, determinando las normas procedimentales y de publicidad en función del valor acumulado del conjunto.

En consecuencia, se solicita a esa Órgano consultivo las siguientes cuestiones:



¿Qué procedimiento de adjudicación debe seguirse para la contratación de las diferentes prestaciones. Puede contratarse cada prestación, es decir, el espectáculo taurino, el servicio de catering o cada una de las orquesta, mediante un procedimiento de adjudicación independiente que se determinará en función del valor estimado de dicha prestación, o debe hacerse mediante un único procedimiento previendo la realización independiente de cada una de ellas mediante lotes? Dicho de otra manera, ¿cómo ha de calcularse el valor estimado para determinar el procedimiento de adjudicación?, ¿ha de tenerse en cuenta el valor global de la totalidad de dichas prestaciones, o puede tenerse en cuenta el valor de cada una?

Si a juicio de ese órgano consultivo debiera tramitarse un único procedimiento de adjudicación previendo la contratación mediante lotes, para calcular el valor estimado del conjunto de las prestaciones, ¿cuáles deberían tenerse en cuenta, las que integran cada uno de los festejos o la de la totalidad de los festejos que se organizan en un año?

En el caso de que estime que para la contratación de cada una de las prestaciones pueden tramitarse tantos procedimientos individuales como prestaciones integren los festejo, aplicando el procedimiento correspondiente en función del valor estimado de cada prestación, cuando se trate de la contratación de los servicios de las orquestas, y el procedimiento utilizado fuera el contrato menor, a efectos de determinar el límite a que hace referencia el artículo 118.3 de la LCSP, ¿podría considerarse que cada uno de estos contratos se trata de una representación artística única?”

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El Ayuntamiento de Serrejón formula ante esta Junta Consultiva una primera cuestión consistente en si es posible que la adjudicación de contratos correspondientes a diversas prestaciones que se integran en los festejos



municipales se realice mediante un procedimiento de adjudicación independiente para cada una de ellas o si, por el contrario, debe hacerse mediante un único procedimiento previendo la realización independiente de cada una de ellas mediante lotes.

Sentado el objeto de la consulta en los términos expuestos, antes de entrar en el examen de las cuestiones planteadas procede reiterar el criterio de esta Junta Consultiva expresado en anteriores ocasiones (informes 62/96, 46/98, 31/98, 7/06 o 18/12, entre otros) 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 atribuyen a órganos distintos de esta Junta Consultiva, como sucede, por ejemplo, con el informe preceptivo de los pliegos. Por el contrario a esta Junta Consultiva le compete dar respuesta a consultas jurídicas en el ámbito de la contratación pública que revistan un interés general. Por ello la intervención de esta Junta, por vía de informe, debe limitarse a señalar criterios jurídicos de carácter general sin entrar a dirimir controversias concretas.

Partiendo de la consideración anterior, resulta necesario responder las cuestiones desde una perspectiva general, atendiendo a situaciones jurídicas que pueden producirse en expedientes de contratación de manera generalizada y no de forma concreta en el supuesto que se plantea, sin perjuicio del análisis que pudiera realizarse en su aplicación por el Ayuntamiento de Serrejón y por sus servicios jurídicos respecto a las prestaciones concretas a que alude su consulta, atendiendo a su objeto y contenido.

2. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha resuelto cuestiones generales relativas al fraccionamiento de los contratos públicos en diversas ocasiones. Nuestra doctrina general está contenida en informes como el 57/09, de 1 de febrero de 2010, el 6/2016, de 27 de abril de 2017, el 1/09 o el 16/09.



Tal doctrina señala que el fundamento de la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público, incorporada 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, se encuentra en evitar que mediante esta conducta se eluda la aplicación de las normas relativas a la publicidad o al procedimiento de adjudicación, normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato y que representan un elemento central de la contratación pública y un sistema de protección de la competencia. Ello significa que la finalidad de la Ley no es agrupar artificialmente varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza, sino impedir el fraude de Ley antes señalado. Por todo ello, este precepto no debe interpretarse como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones similares si entre ellas no existe un vínculo operativo real y es perfectamente posible contratarlas por separado o, incluso, su explotación en forma independiente.

También hemos declarado en nuestros precedentes informes 31/12 y 1/09 que aún cuando los objetos de dos o más contratos sean semejantes, si son independientes entre sí, no hay razón para considerar imposible su tramitación separada.

En esta misma línea en determinados supuestos igualmente es posible dividir el contrato en lotes y así lo afirmamos en nuestro informe 69/2008, de 31 de marzo, cuando señalamos que *"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). Así se desprende sin lugar a dudas de la propia Ley de Contratos del Sector Público que expone que cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto"*.



La ley admite, por tanto, que el objeto de un contrato pueda fraccionarse y dividirse en lotes las diferentes partes en que consiste 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 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.

Para finalizar el análisis de nuestra doctrina general sobre esta materia interesa destacar lo que ya expusimos en nuestro informe 1/09 en el sentido de que existirá un fraccionamiento lícito del objeto del contrato siempre que concurren los requisitos legales, es decir, que el objeto por su propia naturaleza admita que determinadas partes del mismo sean susceptibles de contratación por separado y siempre que el fraccionamiento no se lleve a cabo 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. Señalamos entonces que *“no concurriendo estos requisitos debe entenderse que se trata de objetos independientes que, por tanto, pueden ser tratados desde el punto de vista contractual de forma independiente. De no ser así, evidentemente no cabe el fraccionamiento.”*

3. Teniendo en cuenta todo lo anterior resulta preciso incidir en que no todo fraccionamiento es contrario a la Ley. Por tanto, para fraccionar lícitamente el objeto de un contrato, amén de que la prestación sea divisible, es necesario que no haya ánimo defraudatorio, esto es, que en ningún caso la división sirva para infringir los principios de publicidad y de concurrencia, o se haga con la intención de eludir la aplicación de estos principios en el procedimiento de contratación.

4. Una vez detallada nuestra doctrina sobre esta materia hay que recordar además que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales afirma en su



Resolución nº 595/2015 que el fraccionamiento del objeto del contrato mediante su división se configura como un derecho potestativo que asiste al órgano de contratación y que deriva de la libertad configuradora derivada del artículo 86 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Resoluciones nº 138/2012 y nº 143/2012 TACRC).

Por otro lado, aunque es evidente la obligación del órgano de contratación de que su decisión de tramitar uno o varios expedientes de contratación no tenga una motivación fraudulenta, lo que es perfectamente legítimo es que dicha motivación responda a razones de eficacia. En este sentido este órgano consultivo en su ya citada doctrina viene defendiendo de manera reiterada que *“el objeto del contrato debe estar integrado por todas aquéllas prestaciones que estén vinculadas entre sí por razón de su unidad funcional impuesta por una mejor gestión de los servicios públicos.”* Este se configura como un elemento trascendente a la hora de determinar si es posible proceder al fraccionamiento del contrato, que debe prevalecer según el interés predominante. Por esta razón ya señalamos: *“Ello, a su vez, supone que, a sensu contrario, cuando del tratamiento unitario de todas estas prestaciones se derive un beneficio para el interés público que deba decaer ante un mayor beneficio derivado de su contratación por separado o cuando ésta sea exigencia de la necesidad de dar cumplimiento a una disposición legal, la contratación por separado de las distintas prestaciones no debe considerarse contraria a lo dispuesto en el artículo 74.2 de la Ley (actual artículo 86.2 del TRLCSP)”* (Informe 16/2009, entre otros).

Y es que, como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 214/2013, a los efectos de considerar correcto o incorrecto el fraccionamiento del objeto del contrato habrá que estar asimismo a lo dispuesto en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el cual además de proclamar, entre otros, el principio de concurrencia -que podría colisionar con la regla general de no división del objeto del contrato-, se refiere también a la eficiente utilización de los fondos públicos, de donde se



desprende, como también ha señalado el Tribunal en la resolución 247/2012, que es principio básico y rector de la contratación del sector público el de eficiencia, principio que, en relación con esta cuestión exige tomar en consideración distintos aspectos como son, principalmente:

- 1) el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes;
- 2) la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato;
- 3) el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes;
- 4) la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría ocurrir si se estableciesen lotes.

Ahora bien, recuerda también el Tribunal que el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público sanciona como principios básicos y rectores de la contratación del sector público la libertad de acceso a las licitaciones, la no discriminación e igualdad de trato y, en fin, la salvaguarda de la libre competencia. Así las cosas, es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros de los citados principios lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes.

5. Expuesta la doctrina general sobre esta cuestión cabe analizar un supuesto como el planteado, que es muy frecuente en el caso de las Corporaciones Locales. Es cierto que el contenido de los festejos municipales puede ser muy variado y que las actividades que los integran pueden perfectamente ser omitidas en diferentes ediciones. Parece, por tanto, que en estos casos no puede hablarse en términos generales de un vínculo operativo entre tales prestaciones que exija necesariamente que constituyan el objeto del mismo contrato público.



Esta conclusión no significa, sin embargo, que la Administración contratante no haya de realizar una labor de análisis como la que hemos descrito en los precedentes expositivos de este informe. Sólo a ella corresponde tomar la decisión de qué actividades integrarán los festejos municipales y verificar si en alguno de los casos existe el vínculo operativo entre varias de las prestaciones que se hayan de realizar. Por tanto, aunque en términos generales parece que tal vínculo operativo podría no existir en el caso planteado, la entidad pública contratante debe realizar su labor analítica a los efectos de evitar el fraccionamiento indebido del contrato.

6. Ligada a la anterior cuestión se nos plantea cómo ha de calcularse el valor estimado para determinar el procedimiento de adjudicación y si ha de tenerse en cuenta el valor global de la totalidad de dichas prestaciones, o puede tenerse en cuenta el valor de cada una. Indudablemente no cabe dar a esta cuestión otra respuesta sino que tal circunstancia dependerá de la conclusión que haya alcanzado el órgano de contratación respecto a la concurrencia del vínculo operativo. Es claro que aquellas actividades no unidas por un vínculo operativo pueden contratarse por separado. En este caso el valor estimado de cada contrato atenderá, como dice el artículo 101 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, al importe de cada prestación (que constituye un contrato propio), sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación. Por el contrario, las que no sean legalmente separables habrán de calcularse por el conjunto de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, siempre teniendo en cuenta que la elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan (artículo 101.4 LCSP).

7. Nos cuestiona finalmente la entidad consultante si cuando se trate de la contratación de los servicios de las orquestas y el procedimiento utilizado fuera el contrato menor, a efectos de determinar el límite a que hace referencia el artículo



118.3 de la LCSP, podría considerarse que cada uno de estos contratos se trata de una representación artística única.

Sobre la limitación actualmente contenida en el artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ya ha tenido ocasión de pronunciarse en repetidas ocasiones la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Su alcance y efectos han de valorarse atendiendo a nuestra constante doctrina representada, entre otros, en los informes 41 y 42 de 2017 y a la necesidad de programación y planificación de la contratación pública.

La determinación de si nos encontramos ante una representación artística única cobra importancia en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a los efectos de la aplicación del supuesto recogido en el artículo 168 a) 2º que alude a los supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad. Tal procedimiento podrá emplearse cuando los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, porque el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español.

En el caso del contrato menor la existencia de una representación artística única puede permitir, al menos potencialmente, diferenciar los distintos contratos que se celebren en la medida en que la representación única otorga un alto grado de individualidad y especialidad a la prestación. En efecto, la prestación ofrecida por una orquesta puede tener diferente naturaleza según los casos, pues bien puede pensarse en una actuación investida de un alto grado de originalidad y especialidad en su interpretación o en otros supuestos en que tales circunstancias no concurren. Cuando la ley autoriza a emplear el procedimiento negociado sin publicidad en estos casos es porque ese alto grado de originalidad y especialidad de una obra o interpretación artística individualiza la prestación de tal modo que no es posible encomendarla a otro contratista. Pero obviamente no en todos los casos concurre esta circunstancia. De ahí que nuevamente no nos sea posible dar una



respuesta concreta y única a la consulta realizada en este punto, debiendo ser el órgano de contratación el que en cada caso valore las circunstancias de la prestación que quiera contratar.

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

CONCLUSIONES.

- La licitación independiente de prestaciones contractuales como las descritas en la consulta exige una labor de análisis de las condiciones que legalmente justifican su tratamiento separado con el fin de evitar la causación de un fraccionamiento indebido del contrato público.
- En todos los casos el cálculo del valor estimado del contrato ha de hacerse de conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ya se trate de prestaciones separables en diferentes contratos o no separables.
- En el caso de las orquestas, la calificación de su actuación como representación artística única a los efectos que legalmente procedan en cada caso deberá tener en cuenta el grado de originalidad y especialidad de la interpretación, sin que puedan prefijarse de antemano dichas circunstancias por esta Junta Consultiva.