



Informe 7/2023, de 25 de mayo de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Materia: Contratos menores de alimentación.

ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Alcalá del Valle se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para solicitar informe en los siguientes términos:

“El Ayuntamiento de Alcalá del Valle del que soy secretario-interventor, en régimen de interinidad, gestiona de manera directa una residencia de mayores en este municipio.

Esa gestión obliga, necesariamente, a realizar continuas compras de alimentos. Compras que han de ser paulatinas en el tiempo al ser productos perecederos, adaptarse a la época

propia de los productos, observar la calidad de los alimentos etcétera.

Si bien con el material de droguería, limpieza, sanitario etcétera no se me plantea duda

alguna sobre su obligación de sacar a licitación un contrato de suministro, tengo altas dudas sobre la improcedencia de la adquisición de esos alimentos a través de sucesivos

contratos menores. Es decir, por la singularidad de la compra y sus características propias entiendo a primera vista más eficaz, económico y saludable, como digo, la adquisición a través de contratos menores (esos contratos cuentan con: informe de necesidad, retención de crédito, firma de la recepción del producto y pago material)”.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. El Ayuntamiento de Alcalá del Valle se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para solicitar informe en relación con la posible improcedencia en la utilización de sucesivos contratos menores para la adquisición de alimentos para una residencia de mayores que gestiona el Ayuntamiento.

En el texto de su consulta, el Ayuntamiento indica que, si bien la compra de material de limpieza o sanitario no plantea dudas la necesidad de licitar un contrato de suministro, en el caso de la compra de alimentos, sí surgen dudas sobre la improcedencia de la utilización de contratos menores por la singularidad de la compra y sus características propias (productos perecederos, de temporada, valorar la calidad de los alimentos).



2. Antes de entrar en el examen de las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento de Alcalá del Valle, procede reiterar el criterio de esta Junta Consultiva expresado en anteriores ocasiones (informes 62/96, 46/98, 31/98, 7/06 ó 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 tampoco 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 la vía del informe, debe limitarse a señalar criterios jurídicos de carácter general sin entrar a dirimir controversias concretas.

3. En relación con la consulta planteada, hay que recordar que la Junta Consultiva ya se ha referido a esta cuestión anteriormente en varias ocasiones.

En este sentido, el 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 (en adelante, LCSP) indica 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.

Este criterio se completa con la regla que se recoge en el artículo 101 de la LCSP, apartado 4, al disponer 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. Por tanto, lo que se contempla en la norma legal es una prohibición del fraude que supone el fraccionamiento indebido del contrato.

Esta circunstancia, como ya señalamos en nuestros informes 41 y 42 de 2018, se puede producir con frecuencia en todos aquellos procedimientos de adjudicación en que exista un umbral cuya superación obliga a aplicar normas de contratación más rígidas.

Este es, sin duda, el caso de los contratos menores en que, mediante un fraccionamiento artificioso e indebido del objeto del contrato, cabría sustraer de la necesidad de licitar a ciertas prestaciones cuya periodicidad es bien conocida por el órgano de contratación. De este modo, la división temporal de la prestación puede, en ciertos casos, permitir la aplicación de un tipo de procedimiento que, si se considerase la posibilidad de celebrar el contrato por un periodo de tiempo superior, quedaría excluido. Así lo declaramos en nuestro informe 73/2018.

A la anterior consideración hay que añadir otra igualmente relevante. Como es bien conocido, el contrato menor es un supuesto de adjudicación directa del contrato público. En él se limita la aplicación del principio de concurrencia de los licitadores y de su



derecho a participar en las licitaciones públicas. Por esta razón, la técnica del contrato menor no puede utilizarse mediante un abuso de los supuestos en que es factible o, dicho de otro modo, si no existe la posibilidad de dividir el objeto del contrato en virtud de las reglas que la LCSP determina, necesariamente habrá que aplicar un procedimiento más respetuoso con los principios básicos de la contratación pública. Este criterio se encuentra recogido en diversos informes de esta Junta Consultiva como el nº 111/2018 en el que señalamos lo siguiente:

“Sobre esta materia concreta ya tuvo ocasión de pronunciarse esta Junta Consultiva (Informes 31/2012 y 86/2018 -que cita los anteriores 1/2009 y 15/2016-, entre otros) en el sentido de que existe fraccionamiento del objeto del contrato siempre que se divida este 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.

Como hemos visto, la finalidad de la norma no era otra que impedir el nacimiento de relaciones contractuales en las que la alteración indebida del objeto pretenda encubrir un fraccionamiento engañoso del contrato con la intención de disminuir su cuantía y eludir así las exigencias normativas sobre publicidad y procedimientos de adjudicación fijados en la Ley.

Con base en las anteriores premisas, resulta determinante para concluir cuándo media identidad o equivalencia entre las distintas prestaciones, el concepto de unidad funcional u operativa, es decir, la existencia de un vínculo operativo entre dichos objetos, de tal modo que resulten imprescindibles para el logro que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. Si tal circunstancia se da, la división del contrato implicaría un fraccionamiento no justificado dado que el objeto del contrato es único.

Bajo estas premisas que constituyen nuestra constante doctrina corresponde al órgano de contratación el análisis de cada caso concreto sin que quepa ofrecer una solución única y general a la cuestión”.

A todo ello hay que añadir una última consideración. El artículo 28.4 de la LCSP señala 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 una regulación armonizada”.



Este artículo establece la obligatoria programación de la actividad de contratación que se vaya a desarrollar por cada órgano de contratación. Tal programación exige el análisis de los contratos que se van a realizar en cada periodo de tiempo lo que, indudablemente, presupone el conocimiento de que el órgano de contratación va a tener una necesidad mantenida en el tiempo de una determinada prestación por un periodo de tiempo superior a un año.

Por tanto, si el órgano de contratación cumple con su obligación de planificar adecuadamente su actividad contractual, es patente que la realización de prestaciones idénticas en ejercicios sucesivos (o en meses sucesivos) ha de ser conocida con carácter previo, lo que puede llevar a concluir que en este caso no se está reaccionando ante necesidades sobrevenidas, desconocidas o novedosas, sino que, por el contrario, se estaría planteando la utilización del contrato menor en fraude de ley.

En cualquier caso, como ya declaramos en nuestro informe 73/2018, esta doctrina general que sentamos ha de ser aplicada por el propio órgano de contratación en cada caso.

Señalamos entonces que en los informes citados no se resuelve ningún caso concreto, competencia que escapa a las propias de la Junta Consultiva, sino que, tanto en estos informes como en otros que hemos emitido en relación con el fraccionamiento de los contratos menores (véase en este sentido nuestro Informe 86/2018 y otros que en él se citan), nos hemos limitado a fijar la doctrina general consolidada desde hace décadas a los efectos de que sea el propio órgano de contratación el que verifique si entre los contratos separados concurre el requisito de unidad funcional o vínculo operativo que exigen el tratamiento conjunto de las prestaciones propias de un contrato, todo ello teniendo en cuenta la trascendencia que cabe predicar del elemento de previsibilidad del contrato, que tanta relación guarda con la obligatoria planificación y programación de la contratación pública, máxime en este tipo de contratos que responden a una necesidad continuada y reiterada en el tiempo.

4. Una vez recordada la doctrina general fijada por la Junta Consultiva en este tipo de supuestos, corresponde ahora analizar, desde un punto de vista general, el caso que nos plantea el Ayuntamiento de Alcalá del Valle.

El texto de la consulta no aporta información sobre la frecuencia con la que se efectúan las compras de alimentos ni sobre la cuantía de las mismas. Tampoco indica el tamaño de la residencia a la que van dirigidos los alimentos ni el número de personas a las que es necesario alimentar. Todo ello son elementos esenciales para poder valorar la procedencia de la utilización del menor por lo que, desde esta Junta Consultiva no queda más remedio que plantear una hipótesis sin tener certeza sobre estos parámetros.

A juicio del consultante, la adquisición de alimentos para una residencia de mayores ofrece algunas razones que podrían justificar la utilización del contrato menor. Estas



razones se refieren al hecho de ser compras que han de ser paulatinas en el tiempo al ser productos perecederos, adaptarse a la época propia de los productos, observar la calidad de los alimentos, etcétera.

No obstante, a juicio de esta Junta Consultiva, todos estos son parámetros que un órgano de contratación diligente tiene capacidad para prever, definir y cuantificar en los pliegos de tal manera que se determine, de forma genérica, la cantidad, la calidad, el tipo y la temporada de los distintos alimentos que se vayan a adquirir a lo largo de un periodo largo de tiempo y, posteriormente, en cada una de las prestaciones de suministro se concreten estos elementos.

No existen razones, por lo tanto, que justifiquen acudir a la contratación menor, máxime cuando el órgano de contratación es perfectamente consciente de que el objeto del contrato se refiere a necesidades periódicas que se van a prolongar en el tiempo.

A la vista de estas circunstancias, y con la información aportada, la compra de alimentos para una residencia de ancianos debería hacerse a través de un procedimiento abierto sometido a libre concurrencia.

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

CONCLUSIONES

- Corresponde al órgano de contratación asegurar que no se produzca un fraccionamiento artificial del objeto del contrato destinado a soslayar las normas relativas publicidad y procedimiento de adjudicación.
- En un supuesto como el que es objeto de análisis, un órgano de contratación diligente debería ser capaz de prever, definir y anticipar en los pliegos los elementos esenciales que permitan adjudicar el contrato mediante un procedimiento de licitación de carácter abierto y competitivo.